

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE L'EXAMEN DU FAIT

(PAR LE CONSEIL D'ÉTAT
STATUANT EN MATIÈRE DE RECOURS
POUR EXCÈS DE POUVOIR

THÈSE pour le DOCTORAT

Es-Sciences Juridiques

Présentée et soutenue le Samedi 2 Décembre 1922, à 4 h. 1/2.

par

E. CHALVON - DEMERSAY

Président : M. ROLLAND, Professeur

Suffragants : { MM. JÈZE, Professeur.
MESTRE, Chargé de Cours.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et Cie et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. Pichon et Durand-Auzias, Administrateurs

LIBRAIRIE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

20, Rue Soufflot, (5 arr.)

— 1922 —

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

De l'Examen du Fait
par le Conseil d'État
statuant en matière de recours
pour excès de pouvoir

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE L'EXAMEN DU FAIT

PAR LE CONSEIL D'ÉTAT
STATUANT EN MATIÈRE DE RECOURS
POUR EXCÈS DE POUVOIR

THÈSE pour le DOCTORAT

Es-Sciences Juridiques

Présentée et soutenue le Samedi 2 Décembre 1922, à 4 h. 1/2.

par

E. CHALVON - DEMERSAY

Président : M. ROLLAND, Professeur

Suffragants : { *MM. JÈZE, Professeur.*
MESTRE, Chargé de Cours.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^e et ancienne Librairie F. Pichon réunies
F. Pichon et Durand-Auzias, Administrateurs

LIBRAIRIE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE
20. Rue Soufflot, (5 arr.)

— 1922 —



De l'Examen du Fait par le Conseil d'Etat statuant en Matière de Recours pour Excès de Pouvoir

TITRE I

Introduction Générale

§ 1.

Les dernières études qui ont été faites sur le recours pour excès de pouvoir sont parvenues à dégager de façon précise la nature juridique d'une des actions en justice les plus originales de notre droit français. Elles ont mis en lumière la notion qui constitue à l'heure actuelle la base essentielle du recours en annulation des actes administratifs, la notion de légalité.

« Pourquoi », disait en 1905 M. Tournyol du Clos (Thèse Paris 1905), « ne pas dire que le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre tous les actes administratifs de puissance publique entachés d'illégalité? » Et ne voyant comme seul obstacle que l'exigence du droit acquis violé dans l'ouverture de violation de la loi, mais prévoyant la disparition de cette exigence, M. T. du Clos définissait le recours pour excès de pouvoir « une action publique qui garantit le respect de la légalité objective ».

Cette conception était celle que défendit M. Georgin en 1915 (Thèse, Paris, 1915). M. Georgin constata que, puisque

la violation de la loi sans atteinte à un droit acquis suffisait désormais à faire triompher le recours pour excès de pouvoirs, le vœu de M. Tournyol du Clos était réalisé. « La notion d'excès de pouvoir, dit M. Georgin, coïncide exactement avec l'idée d'illégalité. Le recours est ouvert dès que les limites de la *légalité* ont été franchies. Remarquant que la quatrième ouverture du recours englobait à elle seule toutes les autres, l'auteur déclare que « le recours pour excès de pouvoir sert toujours et uniquement à sanctionner la violation de la loi ». Synthétisant ces formules dans une dernière plus brève, M. Georgin conclut que « la notion d'excès de pouvoir recouvre exactement l'idée d'*illégalité* ».

Il importe, d'ailleurs, de remarquer que l'idée n'était pas neuve. M. Laferrière lui-même s'y ralliait formellement. Etudiant le développement historique du recours pour excès de pouvoir, il constatait que « l'idée d'excès de pouvoir s'est étendue peu à peu à toutes les espèces d'*illégalités* qui peuvent entacher les actes de l'administration ». Et l'illustre auteur déclarait que le recours pour excès de pouvoir avait pour but « le contrôle de la *légalité* ».

La majorité de la doctrine moderne s'attachait d'ailleurs à la même notion. Ceux-là même qui devaient plus tard l'abandonner l'avaient longtemps défendue. Il n'est pas sans intérêt de rappeler les termes propres dont se servait, en 1900, un éminent juriste, ce même M. Hauriou, dont les idées devaient, plus tard, évoluer : « Le recours contentieux pour excès de pouvoir, disait-il (note sous Sirey, 1900, 3.73), est un moyen d'obtenir dans l'administration et de l'administration le respect de la *légalité*. Il s'est pro-

duit assurément sur ce point une évolution dans les idées. L'Excès de Pouvoir a été au début une sorte de notion vague et complexe, où il y avait un certain désir de justice et aussi une préoccupation d'ordre dans l'administration. Mais à mesure que la légalité s'est développée par la multiplication des lois et règlements, en fait l'ordre administratif s'est trouvé complètement déterminé par la légalité et s'est confondu avec celle-ci ; les diverses ouvertures à recours sont devenues autant de cas particuliers d'illégalité. » Et à cette époque, absolument d'accord avec les auteurs précités, M. Hauriou disait : « Le mouvement s'est accentué évidemment, lorsqu'à la suite du décret du 2 novembre 1864, la jurisprudence a annexé aux trois premières causes d'ouverture la quatrième ; ... l'excès de pouvoir est devenu une variété de violation de la loi. La violation de la loi, comme notion plus générale, absorbe ici celle de l'excès de pouvoir, tout comme elle l'a absorbé dans le recours en cassation en matière civile. »

Ainsi le recours pour excès de pouvoir a pour base la légalité, la légalité objective, impersonnelle et égale pour tous, mais aussi la légalité formelle, résultant d'un texte exprès. On peut retenir également comme notion servant de base au recours l'idée de règle de droit. Mais il ne faudrait pas prendre l'expression « règle de droit » dans le sens général et par suite assez imprécise que soutient M. Duguit (1). Les limites de la règle objective de droit, qu'analyse le savant auteur, n'apparaissent pas de façon nette.

Il faut entendre la notion dans le sens que précisait avec autorité le Commissaire du Gouvernement Pichat en

(1) Duguit: l'Etat, le Droit objectif et la Loi positive.

1912 (Conseil d'Etat, 8 mars 1912, Lafage) : « Le recours pour excès de pouvoir, disait-il, ne peut être fondé que sur la violation des règles de droit auxquelles les lois et règlements soumettent le fonctionnement des services publics... Et c'est parce qu'il a pour mission d'assurer le respect de la légalité que le législateur a voulu en faciliter l'exercice. »

Les expressions dont se sert le distingué Commissaire du Gouvernement sont particulièrement lumineuses. Elles montrent avec évidence que le Conseil d'Etat adopte les notions doctrinales de légalité et de règle de droit comme bases du recours pour excès de pouvoir, mais elles écartent en même temps l'ambiguïté qui peut résulter de ces notions prises dans un sens par trop objectif et par trop général en disposant qu'il ne faut s'attacher qu'à la règle de droit prévue par les lois et règlements, c'est-à-dire par un texte formel, et non à une règle de droit plus imprécise et plus haute qui planerait au-dessus des lois positives.

Si nous résumons ces brèves considérations, nous voyons que le recours pour excès de pouvoir apparaît comme une action publique fondée sur la légalité objective et ayant pour but l'annulation des actes administratifs entachés de violation de la loi.

§ 2

Le recours pour excès de pouvoir, dont la nature juridique a été ainsi précisée, s'apparente étroitement avec le pourvoi en cassation en matière judiciaire. S'il y a entre les deux actions toutes les différences essentielles qui séparent une action qui est portée devant un tribunal administratif et dirigée contre une décision administrative d'une

action qui est portée devant un tribunal judiciaire, et dirigée contre un jugement d'un tribunal judiciaire, elles obéissent néanmoins à des principes communs.

Les ouvertures tout d'abord sont similaires. Dans leur application, il y a nécessairement des divergences, qu'il serait vain d'analyser ici. Mais on ne peut pas ne pas être frappé de ce fait que dans les deux domaines l'ouverture de violation de la loi renferme à elle seule toutes les autres, que, devant la Cour de Cassation comme devant le Conseil d'Etat, le vice essentiel qu'on attaque et qu'on dénonce est le vice d'illégalité.

Le Pourvoi en Cassation, comme le Recours pour Excès de Pouvoir, a pour but le respect du droit violé. Ce sont tous deux des recours objectifs, fondés sur la violation des règles de droit posées par les lois et règlements. Leur objet est identique : c'est un objet d'annulation.

Cette similitude de deux recours est constatée par M. Berthélemy (Traité de droit administratif 8^e édition p. 970) Le savant auteur déclare que la sanction de la régularité d'un acte doit être dans l'annulation de l'acte vicié. « La nécessité d'un recours tendant à cette fin est la même, dit-il, quelle que soit la nature de l'acte par lequel l'autorité se manifeste. S'il s'agit d'un acte de l'autorité judiciaire, le recours est organisé devant la cour de Cassation. Il faut semblablement qu'un recours en cassation soit institué contre les décisions des juridictions administratives inférieures » (ce sera le recours en cassation devant le Conseil d'Etat) « il faut qu'un recours en annulation existe contre les actes de l'administration active » (ce sera le recours par excès de pouvoir).

Ainsi le Recours pour Excès de Pouvoir appartient, comme le Pourvoi en Cassation, à ce qu'on peut appeler le contentieux de droit pur. C'est sa différence profonde avec le contentieux de pleine juridiction. Le Conseil d'Etat, saisi d'un recours de plein contentieux, statue, selon les cas, comme un tribunal civil en premier ressort, comme une Cour d'Appel au second degré. Il est alors juge du fait et du droit. Saisi de l'ensemble d'un litige, il doit le considérer tout entier. Le plaideur soutient devant lui que son procès a été mal jugé, que les juges ont mal apprécié les faits de la cause, et il demande qu'on lui fasse application de ce qu'il appelle « son droit ». Le juge doit alors, considérant les choses d'un point de vue subjectif, rechercher si l'intention des parties a été bien interprétée, si les faits de la cause ont été exactement démêlés. Jouissant des pouvoirs les plus larges, il peut réformer les décisions prises, non seulement quand elles sont illégales, mais encore lorsqu'elles sont erronées ; il peut leur substituer des décisions nouvelles, constater des obligations et prononcer des condamnations pécuniaires.

Au contraire, lorsqu'il statue en matière de Recours pour Excès de Pouvoir, le Conseil d'Etat, en principe, comme la Cour de Cassation, n'est pas juge du fait et juge des intentions. Il est juge du droit et du droit seul. Il recherche, et on lui demande de rechercher si, étant donnée telle situation de fait, il a été fait par un administrateur exacte application du droit et de la loi considérée en elle-même, du point de vue objectif, telle qu'elle s'impose au juge. Sa mission est identique en principe à celle de la Cour de Cassation, qui est analysée avec une grande vi-

gueur juridique par MM. Garsonnet et César Bru, dans leur *Traité de Procédure civile* : « La Cour de Cassation, disent les distingués auteurs, décide si, à une espèce particulière, c'est bien le droit, la loi, qui ont été appliqués, tels qu'ils doivent l'être à toutes les personnes quelconques, sujets d'un acte, ou d'une situation juridique, identiques à l'acte ou à la situation qui lui sont soumis. »

Dans ce domaine de la violation de la loi, qui est un domaine de droit pur, tout juge quel qu'il soit, doit, dans la rigueur essentielle des principes juridiques, observer la conduite suivante, qui est sa mission propre, mais aussi sa mission stricte : *il doit, étant donné des faits, qui sont tenus pour constants, confronter la décision soumise à lui (quelle qu'elle soit, acte ou jugement) avec la règle de droit contenue dans la loi, et de cette confrontation déduire ou non la violation de la loi.* L'opération juridique est en quelque sorte mathématique : le juge fait en somme un véritable syllogisme, dont, comme l'a dit justement M. Dupin, la loi est un des termes.

Telle paraît être la mission essentielle du juge, en cette matière, tout juge qui ne l'observe pas rompt avec la vérité juridique ; toute interprétation contraire ou extensive vient altérer la pureté des premiers principes du droit.

Il paraîtrait donc logique de déduire de ces données que le juge de la violation de la loi ne peut pas se préoccuper d'autre chose que du droit. Deux seuls éléments devraient intervenir dans le raisonnement juridique : la décision déferée d'une part, la règle légale d'autre part ; entre ces deux bases de la sentence à intervenir ne devrait venir s'entremettre aucun élément étranger. La situation juridi-

que serait pour ainsi dire interne : le juge ne pourrait qu'apprécier des textes. Il semblerait qu'en ce domaine il n'y ait pas de place pour cet élément extérieur, matériel et contingent qui s'appelle le fait.

§ 3.

Cette rigueur des principes est dans ses grandes lignes observée par la Cour de Cassation. La Cour Suprême ne connaît pas des faits de la cause : elle les tient pour constants tels que les juges du fond, c'est-à-dire ceux de première instance, et ceux d'appel, si l'appel a été interjeté, les ont constatés, qualifiés, appréciés. Elle examine seulement s'il leur a été fait une application exacte de la loi. Les erreurs de droit elles-mêmes échappent à son contrôle lorsque la Cour serait forcée, pour les reconnaître, de se livrer à la vérification et à l'examen de faits qui ne sont pas expressément constatés par le jugement ou l'arrêt. Elle prend pour certains les faits, vrais ou faux, attestés dans les considérants de l'arrêt, et examine seulement si, ces faits déclarés constants, on leur a appliqué la loi. « Etant donné, dit M. Faye, dans son livre sur la Cour de Cassation, d'une part, ces faits qui ne peuvent plus être discutés devant elle, et, de l'autre, la loi, dont elle a la garde et qu'il lui appartient d'interpréter, la Cour se demande : « la décision rendue est-elle en conformité de ces deux termes, en est-elle la conséquence logique? ».

« Le contrôle de la Cour Suprême », dit M. Gény dans son remarquable ouvrage : *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif* (III, 3, p. 563), « s'étend, par la nécessité même de sa mission, à toute la sphère de l'inter-

prétation proprement juridique. Cette formule même exclut de son contrôle l'examen des faits, qui spécifient les espèces concrètes, donnant lieu aux pourvois. Cette exclusion, il est vrai, n'est pas nettement édictée par la loi organique du Tribunal de Cassation. Mais elle se trouve comprise dans une règle plus générale qui, conforme d'ailleurs à la tradition historique, précise seule la portée de l'institution. En créant le Tribunal de Cassation, on n'a pas voulu constituer un nouveau degré de juridiction, mais seulement établir, sur les jugements rendus en dernier ressort, un contrôle de la régularité de leurs opérations, tant au point de vue des formes de procédure, que relativement à l'observation des lois... C'était dire que tout ce qui était en dehors de ces deux objets, notamment la constatation et l'appréciation des faits, échappait à sa censure... Et le système primitif subsiste tout à fait... en tant qu'il met à l'abri de l'appréciation régulatrice les faits souverainement constatés par les juges du dernier ressort. »

Est-ce à dire cependant que la Cour de Cassation n'examine jamais les faits ? Non, il est des cas où, de façon toute exceptionnelle, la Cour Suprême est obligée de constater ou d'apprécier les faits : ce sont, dit M. Gény, les cas « où le droit sort pour ainsi dire des faits eux-mêmes », « il paraît bien difficile » alors « de prétendre l'en isoler. Mais », continue l'éminent juriste, « à quelque parti que l'on s'arrêtât dans la définition du rôle de la Cour Suprême, cette difficulté était, dans une large mesure, inévitable, par cela seul que son contrôle ne pouvait, à peine de rester inefficace, se cantonner à l'examen du droit en soi, et devait nécessairement porter aussi sur l'application du

droit aux espèces elles-mêmes. C'est dans cette opération, toute concrète, de l'application, qu'apparaît bien, à l'état aigu, l'impossibilité de séparer, par des limites mathématiques, le domaine du droit, pleinement ouvert au contrôle de la Cour Suprême, de celui des faits, qui doit lui rester fermé. Et en certaines matières, la Cour de Cassation n'a cru pouvoir rester fidèle à toute sa mission qu'en se faisant elle-même juge de certains points de fait... Et l'on ne peut vraiment lui faire grief d'empiéter parfois sur le domaine du fait, lorsque le maintien de la séparation des deux ordres de questions (droit et fait) aboutirait à laisser les juges, soumis à sa censure, libres de se soustraire à celle-ci, en déguisant habilement de véritables décisions juridiques sous la trompeuse apparence de constatations de fait souveraines. Dévoiler ces supercheries et rectifier des appréciations mensongères, en vue de mieux assurer l'observation exacte du droit, ce n'est, de la part de la Cour de Cassation, que rester fidèle à sa mission, en rompant les lisières capables de déjouer sa surveillance, et en usant d'ailleurs de la souveraineté laissée à son action par l'absence de tout pouvoir supérieur ». « Il n'en reste pas moins », conclut M. Gény, « que cet usage de sa souveraineté doit être limité à des circonstances exceptionnelles, et que, par conséquent, la distinction du fait et du droit demeure toujours la direction nécessaire, pour contenir, en ses bornes normales, la mission de notre Cour Suprême. »

L'examen des faits par la Cour de Cassation est donc une chose éminemment exceptionnelle, anormale. Il n'interviendra que quand, pour reprendre l'heureuse expression de M. Gény, qui peut en la matière servir de crité-

rium, « le droit sort des faits eux-mêmes ». Il nous faut, dans l'intérêt de la clarté générale, creuser d'un peu plus près cette métaphore juridique et rechercher brièvement quels peuvent être les cas où le domaine du fait se confond avec le domaine du droit, où le fait se trouve en quelque sorte couvert par le droit.

Il faut tout d'abord bien se dire que le Droit, en notre matière, ne fait qu'un avec la Loi. C'est donc dans les cas où la Loi, de façon extrêmement précise et directe, met en jeu des faits que le juge de Cassation sera amené à un examen matériel. La souveraineté du juge du fond, qui existe, incontestablement, à l'effet de constater des faits dans leur matérialité et de les apprécier, soit en eux-mêmes, soit en les rapprochant des circonstances qui les ont accompagnés, précédés ou suivis, soit d'après l'intention des parties, cesse lorsqu'il s'agit d'envisager le fait dans ses rapports intimes avec un texte législatif ; c'est alors le pouvoir supérieur du juge de Cassation qui s'exerce ; mais il faudra pour cela que la loi ne se soit pas contentée d'indiquer certains faits de façon imprécise ; il faudra qu'elle ait précisé formellement les conditions que doit remplir un fait pour produire un effet de droit déterminé, qu'elle ait en quelque sorte marqué le fait au coin de sa force intrinsèque, qu'elle lui ait communiqué, sous des conditions rigoureusement données, un véritable caractère légal.

Alors, mais alors seulement, le contrôle supérieur de la Cour Suprême sera possible. Dans les cas où la loi ne se sera pas bornée à viser des faits de façon sommaire, mais aura déterminé à quelle marque certaine leur existence sera reconnue, la Cour de Cassation pourra vérifier l'ap-

préciation du premier juge; « elle pourra », dit M. Faye, « rechercher s'il n'a pas tiré de ces faits des indications ou des déductions contraires à celles qui devaient en résulter d'après un texte de loi, soit au point de vue du caractère de ces faits, soit au point de vue de la qualification qui leur a été donnée, soit, d'une manière générale, quant aux conséquences juridiques dérivant de leur existence. »

Et il ne sera pas permis au juge du fond de se dérober à ce contrôle supérieur. Il ne pourra pas, par une appréciation volontairement souveraine, enlever à ce contrôle matière à s'exercer. Tout arrêt qui, dans le but d'attribuer au premier juge, relativement à l'examen du caractère légal d'un fait, un pouvoir souverain, évitera de donner à la Cour Suprême les éléments nécessaires à une appréciation régulatrice, sera impitoyablement cassé.

Quels sont donc les cas d'espèce dans lesquels, en pratique, la Cour de Cassation examine les faits, exceptionnellement? Ces cas sont peu nombreux, et même limitatifs. Il nous faut, rapidement, citer les principaux.

La Cour Suprême notamment se livre à un examen personnel des actes de procédure visés au jugement : elle vérifie les faits constitutifs d'un aveu, d'un acquiescement, d'une renonciation, d'un contrat judiciaire; elle vérifie l'authenticité des actes solennels. Elle contrôle les formalités prescrites par la loi pour porter à la connaissance des tiers les actes qui leur sont opposables.

Mais l'examen du fait par la Cour de Cassation s'exerce également dans deux domaines qui lui sont communs avec le Conseil d'Etat : en matière fiscale et en matière de brevets d'invention.

En matière fiscale la Cour fonde son droit de contrôle sur un principe qu'elle affirme avec force dans un arrêt du 6 avril 1887 (1) : « Attendu, dit-elle, que les lois d'impôt dont le sens est clair et précis doivent être appliquées à la lettre et qu'il n'est pas permis d'y introduire, sous prétexte d'interprétation, des distinctions qu'elle n'a pas faites. » Partant de cette idée, elle opère des constatations et des appréciations de fait toutes les fois qu'il lui est possible, d'après les éléments qui ont été soumis au juge du fond. Elle apprécie si tel objet peut-être ou non imposé, d'après sa nature, la catégorie à laquelle il appartient ou à laquelle il peut-être rattaché. La Cour de Cassation agit ainsi notamment en matière d'octroi, de douanes, de tarifs de chemin de fer. En matière d'enregistrement, son contrôle est encore plus facile, car c'est d'après la nature de l'acte et sa qualification légale que l'impôt doit être perçu ; la Cour ne peut relever la violation de la loi qu'au vu de l'acte lui-même. Et par suite, elle se reconnaît en ce domaine « un droit de contrôle qui ne peut être paralysé ni par les qualifications légales données par les parties, ni par les appréciations des tribunaux » (2).

L'Examen du Fait par la Cour de Cassation existe, de façon plus intéressante encore, en matière de brevets d'invention. La Cour n'a pas voulu que l'appréciation souveraine des juges du fait puisse enlever au particulier titulaire la garantie solide à laquelle il a droit. Aussi s'est-elle réservée un droit absolu de contrôle sur le sens et la portée du brevet, sur ce qu'on a appelé la loi du brevet.

(1) D. 87, 1, 503.

(2) Cass. 14 février 1870. D. 70, 1, 394.

La Cour Suprême doit pouvoir consulter l'acte lui-même ou se rendre en tous cas compte de son objet, afin de vérifier si le produit est brevetable et si sa description est suffisante pour répondre au vœu de la loi. Elle casse les arrêts qui prétendent trancher ces points de façon souveraine et se dérober à la censure suprême. « Attendu, dit la Cour de Cassation dans un arrêt du 11 juin 1898 (1), que le juge ne peut... se borner à dénier, par une déclaration vague et générale, la nouveauté du procédé et à affirmer qu'avant le brevet, d'autres fabricants avaient appliqué des procédés renfermant les éléments essentiels de celui du poursuivant; qu'il est nécessaire que la décision fasse connaître l'analyse du brevet, les comparaisons auxquelles le juge s'est livré et permette ainsi de vérifier si les procédés décrits dans le brevet ont été bien compris dans leur portée, dans leur but et dans leurs moyens d'action. » Et de nombreux arrêts de la Cour Suprême examinent longuement les objets techniques de brevets divers (C. Cass., 29 juillet 1891 (2), 19 décembre 1895 (3), etc.). Nous verrons que, en cette matière, le Conseil d'Etat suit une conduite absolument semblable.

Mais ces cas d'examen du fait par la Cour de Cassation restent tout exceptionnels. En dehors d'eux, la rigueur des principes reprend son empire, et la Cour Suprême tient les faits pour constants. Elle s'en remet à l'appréciation souveraine du premier juge, même quand la loi met en jeu des faits, parce qu'il n'y a pas union intime du fait et du

(1) D. 98, 1, 531.

(2) D. 92, 1, 191.

(3) D. 96, 1, 165.

droit. Bien loin d'examiner les faits toutes les fois que ces faits sont prévus plus ou moins expressément par une loi positive, elle attend, pour un examen matériel, la pression d'une nécessité absolue.

A plus forte raison la Cour Suprême, qui en principe ne constate et n'apprécie pas les faits quand ils sont prévus par une loi, ne connaîtra-t-elle jamais des faits quand ils ne revêtent pas un caractère légal. « Quelqu'évidentes que soient les erreurs qu'a commises le premier juge dans la constatation des faits et dans leur appréciation, quelques faux que paraissent être les raisonnements auxquels il s'est livré, le jugement doit être maintenu s'il n'a porté aucune atteinte à la loi (1). » La Cour de Cassation est radicalement incompétente pour réprimer une erreur de fait. En agissant autrement, elle commettrait une hérésie juridique, rompant avec sa mission de légalité. « Le « mal jugé », en effet, ne donne pas ouverture à cassation. » « La Cour ne peut jamais, dit Merlin (Questions V^o Cass., § 37), casser un arrêt qui ne juge que contre la raison, qui n'offense que des principes universellement reçus, il est vrai, mais auxquels le législateur n'a pas imprimé le sceau de sa puissance. »

A *fortiori*, ne pourrait-il jamais venir même à l'idée de la Cour de Cassation de rendre une décision inspirée par des considérations d'opportunité. Qu'est-ce, en effet, que l'opportunité? C'est la qualité de ce qui est opportun, c'est-à-dire de ce qui vient à propos. Il ne s'agit plus de la constatation d'un fait matériel à rapprocher d'une loi, ni d'une interprétation quelconque d'un texte. La notion

(1) Faye : *Op. cit.*

d'opportunité intervient quand il n'y a aucune loi applicable. Le juge recherche alors ce qu'il pourrait bien décider, à défaut de tout texte visant un cas donné, pour ne pas trop s'écarter de l'équité, en tenant compte des considérations de justice et d'intérêt social. « Le juge cesse alors d'être un interprète de la loi; il se fait en quelque sorte législateur, pour un cas donné, bien entendu, mais législateur quand même, statuant avec une entière liberté d'appréciation » (1). On conçoit combien alors les considérations de fait deviennent prépondérantes. Et il est possible de dire que si, dans le domaine de la légalité, il n'y a pas de place pour le fait, dans le domaine de l'opportunité, il n'y a pas de place pour la loi.

Bref, la limite des pouvoirs du juge de cassation, c'est la question de fait. Le juge est en principe incompétent pour connaître des faits accompagnant une erreur de droit. Il est, à plus forte raison, absolument incompétent pour connaître des faits en dehors de toute erreur de droit. Il y a antithèse naturelle entre l'élément positif, précis et impératif, que constitue la loi, et l'élément externe, relatif et contingent que constitue le fait.

§ 4.

Il faut bien reconnaître que cette conception, qui a toujours été et est encore celle de la Cour de Cassation, n'est plus aujourd'hui celle du Conseil d'Etat. Et, à considérer les arrêts récents de la haute juridiction administrative, il semble même qu'elle ait radicalement rompu avec les principes qui ont été plus haut posés comme impératifs.

(1) Le Fur : *Rev. Gén. d'administration*, 1911; 3, p. 317.

Un certain nombre d'arrêts ont, en effet, été rendus qui laissent voir une tendance de plus en plus grande du Conseil d'Etat à pénétrer dans le domaine des faits. Et la jurisprudence ne paraît pas en être restée au premier stade. S'il faut en croire certains commentateurs, elle aurait actuellement rompu ses vaisseaux. Suivant ces interprètes, non seulement aujourd'hui le Conseil d'Etat examinerait de façon normale les faits qui ont donné lieu à une décision administrative; non seulement, il se reconnaîtrait un pouvoir étendu à l'effet de les apprécier et d'en tenir compte; non seulement, il examinerait la valeur des motifs des décisions administratives, mais, chose bien plus grave, il relèverait l'erreur de fait et en ferait même, en dehors de toute violation de la loi, une cause d'annulation.

Le seul examen des faits, généralisé par le Conseil d'Etat, pourrait déjà sembler anormal dans le domaine du recours pour excès de pouvoir et par suite quelque peu inquiétant au sujet de la nature juridique du recours, telle qu'elle a été ci-dessus exposée. Mais l'interprétation doctrinale d'après laquelle le Conseil d'Etat relèverait l'erreur de fait des administrateurs et en ferait une cinquième ouverture est si grave qu'elle a paru nécessiter un examen complet de la question du fait.

En effet, une opinion semblable tend à renverser l'antique classification des ouvertures au recours pour excès de pouvoir, telle que l'a posée Laferrière. Et surtout, elle porte atteinte à la notion aujourd'hui admise comme base de recours, la notion de légalité.

Car si une annulation pour excès de pouvoir est possible en dehors de toute violation de la loi, il n'est plus vrai que

la notion d'excès de pouvoir recouvre celle de légalité. Elle devient une de ces notions générales et imprécises qui sont susceptibles d'appréciations variées. Elle se rapproche de la morale aussi bien que du droit. Le Conseil d'Etat se sépare alors complètement de la Cour de Cassation et il faut renoncer à voir dans le recours pour excès de pouvoir et dans le recours en cassation un principe identique, fondé sur la mission du juge, et qui donnait toutes garanties. Il faut abandonner l'idée d'un contentieux de droit. Le Conseil d'Etat devient une juridiction qui statue en équité, qui s'inspire des circonstances de fait et des considérations d'opportunité, juridiction très souple, mais qu'aucun texte n'arrête et qui ne statue plus sous l'égide de la loi.

§ 5

Une opinion susceptible de conséquences aussi graves mérite d'être examinée. Pour en démontrer la foncière inexactitude, il nous faudra, suivant l'évolution de la jurisprudence, voir comment le Conseil d'Etat s'est peu à peu et de plus en plus, penché vers les faits avant de statuer en droit. Nous examinerons les espèces qui ont déterminé l'interprétation doctrinale; nous exposerons cette opinion inquiétante de l'erreur de fait et en essayerons la réfutation. Ceci étant, il nous faudra analyser l'attitude du Conseil d'Etat vis-à-vis des faits et rechercher si, dans l'examen auquel fréquemment elle se livre, la haute juridiction n'obéit pas à quelques principes qui dominent les espèces particulières et qui peuvent légitimer une pratique constante. Ces principes une fois dégagés, il nous restera

à voir si, dans le fond des choses, le Conseil d'Etat est si loin de la Cour de Cassation, si vraiment il s'écarte de ce qui, en la matière, est l'essentiel du droit et déroge par là-même à son rôle naturel, quand il statue en matière de recours pour excès de pouvoir.

TITRE II.

De l'Examen du Fait dans la Jurisprudence du Conseil d'État

CHAPITRE I.

Comment le Conseil d'État a été amené à examiner les faits.

§ 1.

Les principes généraux qui régissent le rôle du juge chargé de réprimer la violation de la loi, et qui ont été ci-dessus posés, sont d'une grande netteté juridique. Ils sont en conformité de la tendance générale qui anime la Cour de Cassation depuis sa création. La Cour Suprême, placée dès l'origine complètement en dehors des influences politiques, a respecté sa nature avec un souci jaloux. Elle a même mis un certain point d'honneur à toujours se cantonner strictement dans la défense du texte de loi violé. Elle s'est toujours un peu considérée comme planant au-dessus des contingences, et, en tenant compte des circonstances, elle aurait cru déroger. Réfugiée dans le cadre de la loi positive comme dans sa tour d'ivoire, elle a toujours cru indigne d'elle de se pencher vers les faits et elle ne les

a jamais examinés que contrainte et forcée. Une telle attitude n'est pas sans grandeur ; elle n'est pas aussi sans inconvénients : la Cour de Cassation s'est vue bien souvent reprocher l'étroitesse de son point de vue, la rigidité de ses sentences ; on lui a souvent fait grief de ne s'en tenir qu'à la lettre de la loi, et d'en méconnaître l'esprit. Quoiqu'il en soit, la conduite de la Cour suprême émane d'une conception traditionnelle, qui est en rapports avec la nature de cette haute juridiction et qui, permettant au principe de la séparation des pouvoirs de demeurer intangible, assure de façon parfaite l'indépendance des Tribunaux judiciaires.

Mais ce respect absolu de principes rigoureux pouvait-il être observé par un Conseil d'Etat dont l'origine et le développement ont subi l'empreinte des événements politiques ? Evidemment non. Si la haute juridiction administrative a trouvé aujourd'hui une indépendance à peu près complète, pendant longtemps, il n'en a pas été ainsi. Le Conseil d'Etat impérial auquel nous sommes redevables de cette jurisprudence si heureuse qui a été qualifiée de prétorienne, n'a accompli cette évolution que sous l'impulsion gouvernementale. C'est sur les encouragements venus d'en haut que le Conseil d'Etat a de plus en plus étendu la recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Plus tard, quand il s'est peu à peu dégagé de l'influence politique, le Conseil d'Etat a toujours gardé sa tendance qui lui fait, dans ses arrêts, tenir compte des circonstances. L'autorité personnelle d'éminents commissaires du Gouvernement a agi avec force, suivant l'esprit du jour, sur une jurisprudence qui a toujours été en perpétuelle évolution.

Le Conseil d'Etat a pu, d'ailleurs, d'autant plus facilement donner libre cours à sa tendance qu'aucun obstacle ne l'entravait. Alors que la Cour de Cassation se trouvait enfermée dans le cadre rigide d'un code, le Conseil d'Etat avait toute l'infinie diversité changeante des lois administratives pour lui permettre de s'évader librement. D'où une jurisprudence souvent hardie, mais très heureuse dans sa souplesse, adaptée aux considérations de l'heure, et cependant suffisamment ferme pour donner toutes garanties. Et c'est aujourd'hui le plus beau titre d'honneur du Conseil d'Etat d'avoir toujours eu une jurisprudence qui, également respectueuse du droit essentiel et des besoins du jour, soit, dans la mesure du possible, le reflet de son temps.

Dans ces conditions, le haut Tribunal administratif qui, dans son esprit général, était tout naturellement porté à tenir compte des faits, devait être amené à les examiner également de façon beaucoup plus spéciale, à l'occasion d'une espèce déterminée. Il était en contradiction avec la tendance essentielle du Conseil d'Etat de ne voir un litige que sous le seul angle du droit. Il lui était impossible de réaliser l'analyse rigoureuse qu'opère la Cour de Cassation et d'opérer la dissociation d'une décision rendue et des faits qui l'ont provoquée, se refusant à apprécier l'ensemble. Le Conseil d'Etat était impuissant à réagir contre une disposition naturelle hostile à toute abstraction qui, depuis toujours, l'avait poussé à tenir compte des circonstances de fait pour statuer en équité.

§ 2.

Le Conseil d'Etat était donc naturellement, de par l'esprit qui l'animait, porté à se pencher vers les faits. Il devait, d'autre part, être poussé à un examen matériel des circonstances pour des raisons tout autres. En effet, en dépit de la similitude du rôle du Conseil d'Etat statuant sur un recours pour excès de pouvoir, et de la Cour de Cassation statuant sur un pourvoi, les situations n'étaient pas les mêmes. Dans les deux cas, le juge avait à apprécier la légalité d'une décision rendue; mais tandis que la Cour suprême statuait sur une décision rendue par un autre juge, le Conseil d'Etat statuait sur une décision émanant d'une autorité administrative. Et cette autorité, si haute qu'elle soit, et même en se plaçant au temps où régnait la théorie du Ministre-Juge, ne pouvait légitimement pas être considérée comme un juge véritable. Le fonctionnaire qui prend une décision d'espèce, offre beaucoup moins de garanties qu'un magistrat inamovible : il est souvent porté aux abus de pouvoirs, souvent docile aux influences politiques; il peut être amené à dénaturer sciemment des faits pour qu'il lui soit possible d'agir. Il était donc singulièrement dangereux pour le juge de la violation de la loi de laisser aux administrateurs le pouvoir souverain d'apprécier les faits; il était inquiétant de tenir les faits pour constants tels qu'ils avaient été constatés et qualifiés par les autorités administratives : c'était laisser la porte ouverte aux méfaits de l'arbitraire. Et, s'il y avait des cas où des intérêts supérieurs légitimaient chez les administrateurs un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, il conve-

nait de rendre ces cas essentiellement exceptionnels. Aussi, le Conseil d'Etat fût-il, peu à peu, obligé d'examiner les faits qui avaient provoqué une décision administrative, suivant ainsi un courant d'idées de plus en plus défavorable au pouvoir discrétionnaire. C'est ainsi que, dans un désir à la fois de justice intrinsèque et de liberté plus grande, le Conseil d'Etat élaborait une jurisprudence qui amena peu à peu, dans une marche parallèle, et l'examen de plus en plus grand des faits et la disparition progressive des actes « de pure administration » (1).

§ 3.

Mais il importe de remarquer que cette jurisprudence est demeurée longtemps stationnaire, et que ce n'est qu'au début du XX^e siècle qu'elle a précipité sa course. Une lenteur de ce genre n'est pas dans les habitudes du Conseil d'Etat. Elle serait facile à comprendre si le haut Tribunal s'était à l'origine absolument interdit de connaître des faits. Mais il n'en a pas été ainsi.

(1) Il faut remarquer que cette disparition partielle des actes discrétionnaires s'est produite en vertu d'une interprétation de plus en plus restrictive de la notion de « pouvoir discrétionnaire ». Ainsi que l'a indiqué M. Hauriou (note sous Sirey 1903, 3, 113) le pouvoir discrétionnaire est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives. Or, dans le corps d'un acte, il est rare qu'à côté d'une question d'opportunité, n'existe pas une question de légalité. Le Conseil d'Etat s'en est rendu compte et peu à peu, il a restreint le pouvoir discrétionnaire aux seuls cas où seule est en jeu une question d'opportunité.

Dès 1860, en effet, le Commissaire du Gouvernement, l'Hôpital, déclarait dans une affaire relative à une délimitation fluviale (Conseil d'Etat, 19 juillet 1860, Port de Bercy) : « Nous sommes d'accord avec les demandeurs sur ce point que le Conseil d'Etat, juge de l'excès de pouvoir, peut et doit apprécier et caractériser l'acte qui lui est déféré, et que, pour cela, il est bien obligé d'entrer dans l'examen des faits. Il serait difficile en doctrine de déterminer le point précis où l'abus de pouvoir devient excès de pouvoir, mais en pratique, nous reconnaissons que si, malgré cette difficulté, le Conseil d'Etat n'entrait pas dans l'examen du fait, le droit qui appartient à chacun de lui déférer, pour être corrigés, tous les excès, sinon tous les abus de pouvoir en matière administrative, serait illusoire et que le recours ne s'exercerait plus utilement. »

Serrigny était également favorable à cette opinion. « Le Conseil d'Etat, posait-il en 1865 (1), peut-il entrer dans l'examen des faits pour apprécier s'il y a ou non excès de pouvoir dans l'acte administratif qui lui est déféré ? » « Il est certain, » continuait-il, « qu'un tribunal judiciaire serait incompétent pour entrer dans un pareil examen. Mais il doit en être autrement du Conseil d'Etat. Il faut bien qu'il puisse apprécier l'acte qui lui est déféré, pour rechercher si le vice imputé existe ou non ; d'autre part, on ne peut lui reprocher son incompétence, parce qu'il est placé dans l'ordre administratif, dont il occupe le sommet. »

Et plus tard, Laferrière lui-même faisait la constatation

(1) Serrigny : *Traité de l'Organisation de la Compétence et de la Procédure en matière contentieuse administrative*, 1.

suivante (2) : « Le Conseil d'Etat s'est souvent reconnu le droit de rechercher si les faits servant de base à la décision avaient été bien définis au point de vue juridique, et de vérifier, dans ce but, l'existence et la nature de ces faits. On en trouve des exemples très remarquables dans la jurisprudence relative aux délimitations du domaine public et notamment dans l'arrêt du 19 juillet 1881 (Duval), qui ordonne, avant faire droit, qu'il sera procédé à une visite de lieux par une Commission du Conseil d'Etat statuant au contentieux, afin de vérifier si les limites du domaine public maritime à l'embouchure de la Seine ont été tracées conformément à la loi ».

Il apparaît donc que le Conseil d'Etat s'est arrogé presque dès l'origine, le droit de connaître des faits. Etant donné alors ses tendances naturelles favorables à un tel examen, étant donné l'utilité que cette façon d'agir pouvait présenter au point de vue de la légalité générale, on peut s'étonner de ce qu'entre 1850 et 1900, le haut Tribunal n'ait pas étendu davantage la faculté qu'il s'était reconnue. Quelle peut-être la raison d'un semblable stationnement jurisprudentiel ?

Cette raison est la suivante : l'extension de l'examen des faits est en corrélation étroite avec l'extension de l'ouverture de violation de la loi, qui est toute récente.

En effet, à l'origine, au temps où le recours pour excès de pouvoir était fondé uniquement sur l'incompétence et le vice de forme, la notion de fait ne pouvait guère intervenir. Le Conseil d'Etat, à cette époque, n'était pas juge

(2) *Traité de la Juridiction Administrative* (7^e éd.) II, 6, 534.

du fond ; il avait à résoudre une pure question de forme ; un simple rapprochement entre la décision rendue et le texte de loi lui suffisait généralement pour décider si l'autorité administrative qui avait rendu la décision attaquée était légalement compétente pour la rendre ou si, étant compétente, elle avait statué dans les formes légales. Une constatation de fait ne pouvait intervenir que de façon exceptionnelle et tout accessoire. On en trouve ainsi quelques exemples : en matière de délimitation fluviale le Préfet n'est compétent que pour constater la limite naturelle des eaux ; le Conseil d'Etat, afin de rechercher le vice d'incompétence, doit vérifier si le Préfet a bien respecté l'état des lieux : citons en exemple un arrêt du 18 décembre 1896 (sieur de Pomereu), Lebon, p. 849. De même, on peut relever en matière de vice de forme quelques arrêts où le Conseil d'Etat opère des constatations de fait (notamment un arrêt de 1906. Gascon : Lebon, p. 48). Mais la marge demeure étroite où s'exerce le pouvoir matériel du juge, et il était facile alors de respecter la rigueur des principes. Le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation devant le Conseil d'Etat étaient soumis à des règles absolument identiques et ne différaient que par un détail.

L'introduction du grief de détournement de pouvoir vint changer l'état de choses existant. En effet, dans sa recherche du but qu'avait poursuivi l'autorité administrative, le Conseil d'Etat ne pouvait plus se désintéresser des faits ; il ne pouvait plus dissocier la décision administrative des circonstances qui l'avaient provoquée. C'est au seul contact de l'ensemble que le Conseil pouvait avoir une impression nette. Il se trouvait désormais obligé, quand il était

saisi d'une requête invoquant le vice de détournement de pouvoir, de se livrer à un examen des faits, de rechercher si, d'après les circonstances relatées au dossier, ne se dégageait pas l'idée que l'agent avait agi dans un but autre que celui en vue duquel ses pouvoirs lui avaient été conférés. Le détournement de pouvoir ne pouvait ressortir nettement de la seule décision, prise en soi ; l'acte écrit, qui dénonçait en lui-même l'incompétence de son auteur ou le vice de forme qui l'entachait, recevait d'une rédaction impeccable les apparences de la légalité et dissimulait, sous la perfection de la forme, le vice de l'intention. Le détournement de pouvoir ne pouvait apparaître au juge qu'à la suite d'une analyse plus large dépassant la décision isolée ; il se dégageait à la fois de l'acte et des faits. Le contrôle moral du but devait pour être efficace se doubler d'un contrôle matériel des circonstances. Ainsi nécessairement et pour la première fois, le fait apparaissait dans ce contentieux de droit.

Dans de nombreuses hypothèses, le Conseil d'Etat fut donc amené à se préoccuper des faits. Et c'est relativement à des arrêts statuant sur des détournements de pouvoir que les auteurs précités ont reconnu pour le Conseil l'obligation d'examiner les faits. En matière de délimitation du domaine public, notamment, puis peu à peu dans toutes les matières où s'exerçait le pouvoir des Préfets et des Maires, le Conseil d'Etat se mit à tenir compte des faits. Ses investigations s'étendirent au domaine immense de la Police administrative : c'est en étayant sa recherche morale du but de constatations de faits que le Conseil d'Etat, dans des espèces sans nombre, décida que les autorités

administratives avaient agi non dans l'intérêt du domaine public, ni dans l'intérêt de la salubrité et de la sécurité publiques, mais dans un intérêt financier, politique ou privé. C'est de la même façon qu'il sanctionna les immixtions abusives dans des litiges particuliers, et les usages détournés du pouvoir de tutelle. Dans toutes ces hypothèses, la détermination primordiale de la valeur légale du but auquel tendait la volonté de l'agent était facilitée par des considérations de fait.

Mais, si le recours pour excès de pouvoir en était resté à ce stade, s'il n'avait jamais pu être basé que sur l'incompétence, le vice de forme et le détournement de pouvoir, une question du fait n'aurait jamais pu se poser. L'examen des faits en matière de détournement de pouvoir, incontestable, n'était pas susceptible d'extension. La notion de but dominait et dominera toujours la mission du juge. La notion de fait ne pouvait intervenir que de façon secondaire : accessoire elle était, accessoire elle devait rester. Jamais en cette matière il ne pouvait être question d'erreurs de fait ; il ne pouvait y avoir que des erreurs de but.

Mais en 1864, le recours contentieux pour violation de la loi et des droits acquis fut annexé au recours pour excès de pouvoir. Le législateur de l'époque ne devait pas alors se rendre compte de l'incalculable portée de son acte. Il ne pouvait s'imaginer qu'une jurisprudence hardie s'emparerait de cette quatrième ouverture pour assurer au recours pour excès de pouvoir un développement prodigieux. Il n'apercevait pas non plus les conséquences graves de l'annexion au point de vue de la nature juridique du recours. Sans la réforme de 1864, qui préjugeait l'avenir, jamais

le recours pour excès de pouvoir ne serait devenu cet « instrument mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue ». (1) En effet, la violation de la loi peut se produire de façons éminemment diverses. M. Georgin a, dans sa thèse, étudié longuement à cet égard les applications jurisprudentielles, qui sont innombrables, et qui font vraiment du recours pour excès de pouvoir, selon le vœu d'Aucoc, une « soupape de sûreté toujours ouverte ».

Quoi qu'il en soit, et en considérant les choses au seul point de vue particulier qui nous occupe, l'ouverture de violation de la loi, et cette ouverture seule, allait permettre une extension véritable de l'examen des faits. Le Conseil d'Etat allait définitivement cesser d'être seul juge de la forme pour devenir juge du fond. Et, pour lui, allait vraiment apparaître, impérieuse et pressante, la nécessité de se pencher vers les faits. En effet, comme le disait fort justement le Commissaire du Gouvernement Romieu en 1906 : « Le recours pour excès de pouvoir peut être fondé non seulement sur des moyens d'incompétence, de violation des formes ou de détournement de pouvoir, mais aussi sur la violation des droits que la loi a entendu assurer aux citoyens : or, cette violation de la loi entraîne, la plupart du temps, l'appréciation des circonstances de fait dont la légalité de l'acte peut dépendre. Aussi constamment, le Conseil d'Etat est-il amené à rechercher, en fait, si dans la manière dont l'Administration a usé de ses pouvoirs, elle a respecté les droits que les citoyens tiennent des lois générales et spéciales. »

(1) Expressions du Commissaire du Gouvernement Pichat dans l'affaire Lafage du 8 mars 1912. Lebon, p. 351.

Dans des cas multiples, en effet, les lois qui interviennent dans le domaine du droit administratif, mettent en jeu des questions de fait ; fréquemment elles attachent aux faits un caractère légal. Le juge administratif, comme le juge civil, se voit bien contraint, pour rechercher si la loi a été ou non violée, d'examiner les faits à l'occasion desquels une décision a été rendue.

Et l'examen des faits qui se produit alors a une importance beaucoup plus grande que celui qui intervient en matière de détournement de pouvoir. Loin de demeurer toujours accessoire, il lui arrivera d'être principal. Il est des hypothèses où c'est essentiellement en examinant les faits que le Conseil d'Etat découvrira la violation de la loi. L'étude jurisprudentielle qui sera faite plus loin le fera plus nettement saisir.

Le Conseil d'Etat s'est d'ailleurs bien rendu compte de l'importance qu'était susceptible d'acquérir, avec la quatrième ouverture, l'examen du fait. Aussi à l'origine et jusqu'à la fin du XIX^e siècle, durant tout le temps où sa jurisprudence, encore timide, docilement respectueuse des règles qui régissaient le rôle du juge des excès de pouvoir, demeurée sous l'empire de la théorie encore en valeur des actes de haute administration, n'avait pas encore reçu l'impulsion vigoureuse qui devait lui venir, à partir de 1900, de plusieurs Commissaires du Gouvernement justement célèbres, le Conseil d'Etat établit une distinction nette entre les affaires où était invoqué un détournement de pouvoir et celles où était invoquée une violation de la loi. Obligé d'examiner les faits dans tous les cas de détournement de pouvoir, domaine où l'examen ne pouvait que

rester secondaire, il prit garde d'éviter que cette conduite ne s'étende de façon aussi générale au domaine de la violation de la loi, là où l'examen des faits pourrait acquérir une importance principale. Conscient de l'infraction aux principes qu'il commettait en examinant les faits, mais contraint d'agir ainsi afin de découvrir les buts, il attacha à cet examen du fait en matière de détournement de pouvoir un caractère exceptionnel. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, le Conseil suivit assez rigoureusement la ligne de conduite suivante : il se reconnut qualité pour examiner les faits quand le recours était fondé sur un détournement de pouvoir; mais, à part cette ouverture, et sauf le cas où, en matière de violation de la loi, la rédaction même du texte législatif rendait un examen des faits absolument indispensable, le fait devait rester en dehors de son examen juridique.

Cette conception aurait pu demeurer si la notion de violation de la loi était demeurée telle qu'elle avait été posée en 1864 et qu'elle s'était maintenue jusqu'à la fin du siècle. Mais les arrêts Lot et Molinié du 11 décembre 1903, qui supprimèrent l'exigence de la violation de droits acquis dans la quatrième ouverture au recours pour excès de pouvoir, furent le point de départ d'une jurisprudence nouvelle qui développa de façon considérable la notion de la violation de la loi. Successivement le Conseil d'Etat en vint à sanctionner comme violation de la loi la violation des textes réglementaires, la violation de la chose jugée, la fausse interprétation, la fausse application de la loi,

Par là même, le Conseil devait être fatalement porté à entrer de plus en plus dans l'examen des faits. Il y était

encouragé par ses Commissaires du Gouvernement, qui suivaient l'opinion devenue hostile aux actes de pure administration. Il arriva peu à peu, dans ce domaine de la violation de la loi, à saisir toutes les occasions possibles de ne pas laisser aux Administrateurs l'appréciation souveraine des faits.

Le Conseil d'Etat est-il allé plus loin? Entraîné par sa tendance grandissante à examiner les faits pour relever la violation de la loi, est-il allé jusqu'à ériger en ouvertures au recours les erreurs de fait des administrateurs, en dehors de toute violation de la loi? S'est-il, d'autre part, écarté de son rôle essentiel qui fait de lui, et avant tout, un juge du droit? Pour être en mesure de répondre à ces questions, une étude préalable de la jurisprudence est nécessaire. C'est au seul contact des arrêts de justice qu'il est possible de se faire une opinion.

Nous allons donc, de façon préalable, examiner le développement jurisprudentiel en la matière. Nous essayerons tout d'abord d'établir l'état de la jurisprudence vers 1906, à un moment où l'évolution ne s'est pas encore vraiment fait sentir. Puis nous verrons le mouvement continu qui s'est opéré, avec les arrêts récents qui ont déterminé, par leur hardiesse apparente, l'interprétation doctrinale brièvement indiquée plus haut. C'est seulement après cet examen des arrêts d'espèce que nous pourrons aborder l'analyse juridique.

CHAPITRE II.

La Jurisprudence du Conseil d'État.

SECTION I. — *La Jurisprudence en 1906.*

§ 1.

Si nous examinons en 1906 une jurisprudence qui, au point de vue qui nous occupe, n'a fait depuis quarante ans que des progrès minimes, nous pouvons constater que l'examen des faits est encore restreint. Le Conseil d'État, ainsi qu'il a été dit, ne prend les faits en considération que quand la rédaction même du texte de loi rend un pareil examen absolument indispensable, et se borne à apprécier le caractère légal des faits, comme le fait la Cour de Cassation elle-même. Il nous suffit, pour nous en rendre compte, d'examiner quelques espèces.

A. — Ainsi la législation de l'alignement, telle qu'elle résulte des anciens textes, grève de la servitude de reculement les immeubles qui empiètent sur les limites de la voie publique telles qu'elles résultent d'un plan d'alignement régulièrement établi. Cette servitude entraîne l'interdiction d'effectuer des travaux confortatifs du mur de face, et donne par suite au Préfet le droit de refuser l'autorisation

de faire des travaux quand ces travaux ont un caractère confortatif. Il est donc nécessaire, pour le Conseil d'Etat, afin de découvrir si le Préfet en refusant l'autorisation, a commis un excès de pouvoir, d'apprécier le caractère confortatif des travaux. Aussi, depuis une date très ancienne, le Conseil se reconnaît-il le droit d'examiner si, en fait, les travaux projetés par le riverain avaient ou non un caractère confortatif.

On peut signaler à cet égard un arrêt du 23 janvier 1885 (dame veuve Bidault) (1). La requête demandait l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision du Maire de Rambouillet refusant l'autorisation de travaux et d'une décision confirmative du Préfet de Seine-et-Oise. Le Conseil d'Etat a rejeté la requête au fond : « Considérant qu'il résulte de l'instruction, et notamment de l'avis du Conseil Général des Bâtiments Civils, que les modifications que la requérante demandait l'autorisation d'apporter au mur de clôture de sa propriété, auraient eu pour effet de consolider ledit mur ; qu'ainsi c'est avec raison que le Maire de Rambouillet a refusé l'autorisation sollicitée et que le Préfet de Seine-et-Oise a refusé de réformer la décision dudit Maire. »

Un arrêt du 19 mars 1886 est plus intéressant encore (Barat-Oudot) (2). Le Conseil d'Etat cette fois annule l'arrêté du Maire de Bourbonne-les-Bains : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que les travaux que le sieur Barat-Oudot demandait l'autorisation d'exécuter à sa maison et qui con-

(1) Lebon 1885, p. 69.

(2) Lebon 1886, p. 248.

sistaient dans la réfection de la toiture ne sont pas, dans les conditions où ils doivent être exécutés, de nature à conforter l'ensemble de la construction; qu'ainsi le requérant est fondé à soutenir qu'en lui refusant ladite autorisation le Maire a excédé la limite de ses pouvoirs et à demander par suite l'annulation de l'arrêté attaqué. »

Le membre de phrase « dans les conditions où ils ont été été exécutés » est intéressant à relever : il implique un examen assez minutieux des faits. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat relève la violation de la loi résultant de l'appréciation inexacte du caractère légal des faits.

B. — De même, depuis une époque fort lointaine, le Conseil d'Etat sanctionne le décret du 23 Prairial an XII, qui stipule que les cimetières doivent être situés à la distance de 35 à 40 mètres au moins de l'enceinte des villes et bourgs. Il examine donc en fait la situation du cimetière.

Citons en cette matière à titre d'exemple au sein de décisions innombrables un arrêt du 28 mai 1866 (Blondeau) (1) relatif à un arrêté préfectoral autorisant l'établissement d'un nouveau cimetière : « Le Conseil d'Etat : Considérant que, aux termes de l'art. 2 du décret du 23 Prairial an XII, les terrains consacrés à l'inhumation des morts doivent être situés hors des villes et des bourgs à la distance de 35 à 40 mètres au moins de leur enceinte;

« Considérant que les maisons qui sont situées dans la rue de Valenciennes, entre l'école communale et l'entrée projetée du nouveau cimetière, font partie intégrante de la masse des habitations de Saint-Amand, et que les jardins

(1) Lebon 1866, p. 519.

qui dépendent de ces maisons sont d'une étendue restreinte et se trouvent compris dans les mêmes clôtures que les maisons;

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le nouveau cimetière de la commune de Saint-Amand tel qu'il est délimité au plan joint à l'arrêté attaqué, est situé à moins de 35 ou 40 mètres des murs desdits jardins et à moins de 30 mètres des bâtiments de l'école communale; que, dès lors, le Préfet du Nord a méconnu les dispositions de l'article 2 du décret du 23 Prairial an XII et que l'arrêté attaqué doit être annulé. »

« Art. 1^{er}. — L'arrêté du Préfet du Nord, du 25 octobre 1864, est annulé. »

Le Conseil d'Etat, à l'heure actuelle, ne statue pas autrement (1). Mais dès l'origine la rédaction même du texte législatif rendait un examen des faits indispensable.

C. — Suivant une législation beaucoup plus récente, qui a suivi la loi du 7 juillet 1904, les congrégations et établissements exclusivement enseignants ou à la fois religieux et enseignants peuvent être supprimées par la voie administrative. Le Conseil d'Etat a donc qualité pour rechercher si, en fait, dans une espèce donnée, telle congrégation était ou non enseignante afin de pouvoir déclarer si l'arrêté de suppression a ou non violé la loi. Il ne fait qu'apprécier le caractère légal d'un fait.

Les arrêts en ce domaine sont nombreux. Dans un arrêt du 23 février 1906 (dame Aunillon, supérieure des Béné-

(1) (Voir notamment un arrêt du 19 juillet 1918, Ville de Saint-Etienne : Lebon, 1918, p. 739).

dictines de Notre-Dame du Calvaire de Poitiers) (1), le Conseil d'Etat a annulé un arrêté de fermeture : « Considérant qu'à la suite des dispositions de l'art. 1^{er} de la loi du 7 juillet 1904 qui prononçait la suppression, dans un délai maximum de dix ans, des congrégations autorisées à titre de congrégations exclusivement enseignantes, ainsi que des congrégations et établissements qui, bien qu'autorisés en vue de plusieurs objets, étaient *en fait* exclusivement vouées à l'enseignements à la date du 1^{er} janvier 1903, le même article contient un dernier paragraphe duquel il résulte que les congrégations autorisées à la fois pour l'enseignement et pour d'autres objets conservent le bénéfice de cette autorisation pour les services étrangers à l'enseignement qui sont prévus à leurs statuts ;

« Considérant que si, aux termes de l'art. 7 de ses statuts, l'établissement des Bénédictines de Notre-Dame du Calvaire, situé à Poitiers, avait pour but l'instruction et l'éducation des jeunes personnes, il était autorisé par le même article à « offrir des retraites à des personnes peu fortunées » ; que ces expressions n'ont pas trait aux personnes qui se retirent du monde pour entrer en religion et ne se rapportent pas au recrutement de la communauté ou du personnel enseignant, et que l'asile ainsi ouvert constitue un service prévu par les statuts et étranger à celui de l'enseignement ;

« Considérant qu'en fait, il résulte de l'instruction qu'au 1^{er} janvier 1903 les Bénédictines de Poitiers avaient cessé depuis longtemps tout enseignement et qu'elles continuaient

(1). Lebon, 1906, p. 181.

à offrir un asile hospitalier dans les conditions prévues par les statuts; que, dès lors, la requérante est fondée à soutenir que la fermeture de l'établissement ne pouvait pas être ordonnée par application de l'art. 1^{er} de la loi du 7 juillet 1904... »

D. — Dans des hypothèses assez nombreuses, la loi met certaines conditions de fait à l'obtention d'une autorisation : si le demandeur remplit ces conditions, le refus d'autorisation constitue une violation de la loi; et pour le décider le Conseil d'Etat est obligé, tout d'abord, d'examiner si le demandeur se trouve bien dans la situation de fait qui comporte l'autorisation, s'il remplit les conditions nécessaires pour l'obtention d'un droit.

C'est ainsi qu'agit le Conseil en matière de brevets d'invention et sa jurisprudence est en ce domaine similaire à celle de la Cour de Cassation : le Conseil s'attribue le pouvoir de contrôler lui-même l'appréciation des faits opérée par le Ministre, et d'examiner si en fait chaque demande de brevet réunit les conditions légales. Dans un arrêt du 14 avril 1864 (Laville) (1), que cite M. Georgin dans sa thèse, un sieur Laville ayant demandé la délivrance d'un brevet pour un chocolat à l'huile de foie de morue, qu'il considérait comme un aliment, vit sa demande rejetée par le Ministre du Commerce pour le motif que la loi du 5 juillet 1844 déclare non susceptibles d'être brevetées les compositions pharmaceutiques et remèdes. Le Conseil d'Etat vérifia en fait si le produit en question était un aliment ou un remède, et, reconnaissant que c'était un aliment, il annula la décision de refus du Ministre.

(1) Lebon, 1864, p. 541.

Dans un arrêt du 12 août 1879 (Giroud-Dargoud) (1), le Conseil d'Etat examina en fait si un appareil pouvait être considéré comme ayant un seul objet principal et pouvait ainsi être breveté à la suite d'une demande unique de brevet : « Considérant, dit-il, qu'aux termes de l'art. 6 de la loi du 5 juillet 1844, la demande d'un brevet d'invention doit être limitée à un seul objet principal, avec les objets de détail qui le constituent et les applications qui auront été indiquées; que l'invention décrite par le sieur Giroud-Dargoud dans sa demande; et pour laquelle il demande un brevet unique, comprenait une machine à décortiquer le blé, un moulin à moudre destiné à obtenir la farine, des pétrins mécaniques et des fours à cuire destinés à transformer la farine en pain ; que, d'ailleurs, chacun de ces appareils fonctionne séparément; que l'invention ainsi décrite ne saurait être considérée comme s'appliquant à un seul objet principal, dans le sens de l'art. 6 précité de la loi du 5 juillet 1844, et que le Ministre de l'Agriculture et du Commerce n'a pas excédé ses pouvoirs en rejetant la demande du sieur Giroud-Dargoud. »

E. — En matière d'admission à l'entrepôt également le Conseil d'Etat examine les faits. Ainsi un sieur Sevez, blanchisseur, demandait l'annulation d'un arrêté qui lui avait refusé le bénéfice de l'entrepôt pour les combustibles employés dans son établissement. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 7 août 1903 (Sevez) (2), annula l'arrêté du Maire dans les termes suivants :

(1) Lebon, 1879, p. 606.

(2) Lébon, 1903, p. 626.

« Sur le deuxième moyen : — Considérant que l'art. 34 du règlement de l'octroi de Saint-Maur-les-Fossés, conforme à l'art. 8 du décret du 17 février 1870, dispose que les combustibles et les matières premières à employer dans les établissements industriels sont admis à l'entrepôt à domicile; qu'il résulte de l'instruction que, dans les conditions où la blanchisserie du sieur Sevrez est exploitée, elle présente bien le caractère d'un établissement industriel au sens de l'article précité du règlement; que, dès lors, le Maire de Saint-Maur-les-Fossés n'a pu, sans excéder ses pouvoirs, refuser au sieur Sevrez le bénéfice de l'admission à l'entrepôt qu'il sollicitait. »

F. — Le Conseil d'Etat agit de même en matière de dérogation au repos hebdomadaire. Le repos est en principe collectif le dimanche. Pour que la dérogation puisse être accordée, il faut, dit la loi du 13 juillet 1906, « que le repos simultané du dimanche de tout le personnel d'un établissement soit préjudiciable au public ou compromette le fonctionnement normal de cet établissement. » Si ces circonstances existent, le refus du Préfet constitue une violation de la loi; le Conseil d'Etat vérifie donc les faits quand il est saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision du Préfet. Citons en exemple un arrêt du 30 novembre 1906 (Denis) (1), où le Conseil s'exprime ainsi : « Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est pas contesté par l'administration, que la clientèle de l'établissement de coiffure du sieur Denis, situé près de la gare, se compose presque exclusivement de voyageurs de

(1) Lebon, 1901, p. 884.

passage; que, dans ces conditions, le repos simultané de tout le personnel serait préjudiciable au public et compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement du sieur Denis; que, par suite, en refusant au requérant l'autorisation de donner le repos hebdomadaire par roulement à son personnel, le Préfet a fait une fausse application des dispositions du paragraphe 2 de l'art. 2 de la loi du 13 juillet 1906 et qu'il y a lieu de renvoyer le sieur Denis devant le Préfet du département de Meurthe-et-Moselle pour la délivrance de l'autorisation à laquelle il a droit. »

G. — Dans l'application de la loi du 5 avril 1884 le Conseil d'Etat est également souvent amené à examiner des faits; il y est contraint afin de pouvoir vérifier si le Maire a fait un usage légal de ses pouvoirs. Dans le domaine immense de la police municipale des constatations de fait devront être opérées, les notions de salubrité, bon ordre et sécurité publique constituant le critérium du juge. En matière cultuelle notamment, le Conseil se livre à un certain examen de fait, mais qui demeure restreint et qu'influence encore la théorie des actes de haute administration (cf. notamment 15 mars 1901, Lecoindre et Renouard).

En matière budgétaire également, le Conseil, saisi d'un recours contre un arrêté d'inscription d'office du Préfet devra rechercher si la dette était bien en fait liquide ou exigible (voir un arrêt du 10 janvier 1902 : commune de Maule) (1).

H. — Il serait possible de multiplier les exemples : aux termes du décret du 27 avril 1892 le Préfet peut, dans le

(1) Lebon, 1902, p. 8.

cas où l'existence d'une carrière à ciel ouvert compromettrait la sûreté publique, prescrire au propriétaire tels travaux qu'il juge convenables. Le Conseil d'Etat saisi d'un recours pour excès de pouvoir, doit vérifier s'il y avait bien en fait danger pour la sûreté publique (Conseil d'Etat, 9 mars 1906 : (sieur et dame Barrier) (1). — Le Préfet peut dans un port ordonner la démolition des embarcations hors de service : le Conseil d'Etat aura le droit de constater si les embarcations étaient bien en fait hors de service (Conseil d'Etat, 6 juillet 1906 : sieurs Schiaffino, Durand et C^{ie}) (2).

§ 2.

Depuis une époque fort ancienne donc et dans des espèces multiples, le Conseil d'Etat examine les faits. Mais, jusqu'en 1906, il ne se reconnaît le droit d'agir ainsi que quand il se trouve en présence d'une condition de fait insérée de façon formelle et expresse dans un texte de loi, de telle sorte que la condition de fait est une véritable condition de droit, condition essentielle de l'application de la loi. L'examen du fait n'est possible que quand le fait est mis tellement en relief par la loi qu'il constitue le critérium essentiel de l'administrateur et du juge. Dans tous les cas où il n'en est pas ainsi, le Conseil d'Etat se refuse à examiner les faits.

Et même quand il en est ainsi, le Conseil d'Etat n'examine pas toujours les faits. Ainsi, en matière d'expropria-

(1) Lebon, 1906, p. 206.

(2) Lebon, 1906, p. 641.

tion pour cause d'utilité publique, le Conseil d'Etat se refuse encore en 1906 à se déclarer compétent pour apprécier en fait l'utilité publique des travaux. Saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un décret déclaratif, il déclare, dans un arrêt du 27 décembre 1895 (époux Fronteau) (1), que « l'utilité des acquisitions dont s'agit, reconnue par le décret attaqué, ne peut être discutée par la voie contentieuse ». Depuis 1895 jusqu'en 1906 on ne trouve pas d'arrêt opérant un changement de jurisprudence : un arrêt du 26 janvier 1906 (Béranger, de Panisse-Passis et autres) (2), évite de statuer clairement. L'évolution ne se produira que plus tard, dans des arrêts du 14 février 1910 (sieur et dame Laurent-Champrosay) et 8 mai 1914 (Rivière).

De même, dans un arrêt du 30 mars 1906 (Parly) (3), le Conseil d'Etat, saisi du recours d'un sergent-major contre une décision du général le cassant de son grade, s'est refusé à vérifier si, dans les circonstances de la cause, les faits qui étaient reprochés au sieur Parly avaient le caractère de fautes contre l'honneur, exigé par le décret du 8 novembre 1903 : « Considérant, dit-il, qu'en reconnaissant aux faits reprochés au sieur Parly le caractère de fautes contre l'honneur, le Conseil d'enquête a usé d'un droit d'appréciation qui lui appartient, et que, dès lors, la décision, rendue en conformité de l'avis de ce Conseil, n'est pas entachée d'excès de pouvoir. »

(1) Lebon, 1895, p. 880.

(2) Lebon, 1906, p. 89.

(3) Lebon, 1906, p. 264.

Dans ces deux cas, les notions d'utilité publique, de fautes contre l'honneur, étaient de véritables conditions légales. Cependant le Conseil ne les vérifie pas en fait. Il estime que la loi est trop imprécise pour que son pouvoir puisse s'exercer. En effet, elle ne détermine en aucune façon les conditions que devraient remplir les travaux pour être d'utilité publique, que devrait remplir la faute pour être qualifiée faute contre l'honneur. Le laconisme du texte rend impossible un contrôle supérieur du fait. Le Conseil d'Etat calque son attitude sur celle de la Cour de Cassation.

La Haute-Assemblée s'abstient à plus forte raison d'un pareil examen quand la loi est encore moins explicite : ainsi la loi du 5 avril 1884 ne mettant pas de condition aux droits du Préfet et du Ministre de l'Intérieur de suspendre les Maires et adjoints, le Conseil d'Etat déclare formellement qu'il ne peut apprécier les motifs des arrêtés de suspension en dehors du cas de détournement de pouvoir. Citons en ce sens un arrêt très net du 2 juin 1905 (de Crozals) (1) entre autres. L'appréciation des motifs entraînait un examen des circonstances, que le Conseil d'Etat n'a pas qualité pour faire, dans le silence de la loi.

Un arrêt du 6 juillet 1906 (évêque de Belley) (2) fait application des mêmes principes : « Considérant, dit le Conseil, qu'aux termes de l'art. 70 de la loi du 15 mars 1850 les écoles secondaires ecclésiastiques ouvertes en vertu de l'ordonnance du 5 mars 1814, sont soumises à la surveillance de l'Etat; qu'il appartient donc au Gouverne-

(1) Lebon, 1905, p. 493.

(2) Lebon, 1906, p. 626.

ment d'en contrôler le fonctionnement et d'apprécier les faits et circonstances de nature soit à en justifier le maintien, soit à motiver le retrait d'autorisation... »

L'inexacte appréciation des faits, comme l'inexactitude des motifs ne saurait être soumise au Conseil d'Etat statuant au contentieux (cf. Conseil d'Etat, 19 janvier 1906, Gascon) (1). Dans ce dernier arrêt la décision du Ministre suspendant un capitaine au long cours peut être qualifiée « acte de haute administration ». En 1906 encore, demeure presque intacte et seulement tempérée par la possibilité du détournement de pouvoir, la théorie des actes discrétionnaires.

A plus forte raison le Conseil d'Etat se refuse-t-il à accueillir les recours qui ont pour seule base une prétendue erreur de fait. Une demoiselle Théas avait institué comme légataire universel de ses biens l'hôpital de Campan (Hautes-Pyrénées). Un décret du 20 janvier 1905 avait autorisé la Commission administrative de l'hôpital à accepter le legs. Mlles Abadie, héritières naturelles de Mlle Théas, déférèrent le décret au Conseil d'Etat. Elles invoquaient la situation précaire dans laquelle elles se trouvaient, et prétendaient que des renseignements recueillis au cours de l'enquête ayant précédé le décret étaient inexacts. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 23 février 1906 (2), rejeta leur requête : « Considérant, dit-il, que les demoiselles Abadie n'invoquent, à l'appui de leur requête, aucun moyen pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir ; qu'il résulte de l'instruction que le décret du 20 janvier

(1) Lebon, 1906, p. 47.

(2) Lebon, 1906, p. 193, et S. 1908, 3, 60.

1905 autorisant l'hôpital de Campan (Hautes-Pyrénées) à accepter le legs fait à cet établissement par la demoiselle Théas, a été rendu après l'accomplissement des formalités prescrites par les lois et règlements; que les requérantes ne sont donc pas fondées à demander l'annulation dudit décret. »

Le Conseil d'Etat confirmait dans cet arrêt une jurisprudence constante (cf. arrêts du 7 décembre 1878, 20 mai 1885).

Et naturellement, à la même époque, le Conseil d'Etat se refusait de façon absolument catégorique à apprécier l'opportunité des décisions administratives. Les arrêts d'espèces sur ce point sont innombrables et la formule sensiblement la même (cf. Conseil d'Etat, 29 juin 1906, Syndicat du département d'Alger (1), — Conseil d'Etat, 3 avril 1903, Jouanne) (2).

§ 3.

Si donc, jetant un coup d'œil d'ensemble sur cette jurisprudence, nous la comparons à celle de la Cour de Cassation, nous voyons qu'en 1906 les deux hautes juridictions ne sont pas très loin l'une de l'autre. Certes, l'on remarque déjà chez le Conseil d'Etat une légère tendance à examiner les faits de façon plus complaisante et dans des cas plus nombreux. Mais la haute Assemblée observe, à l'égard des faits, une certaine réserve. Elle ne les examine que quand la loi leur communique un caractère légal indiscutable et se

(1) Lebon, 1906, p. 584.

(2) Lebon, 1903, p. 295.

refuse à les apprécier quand ce caractère légal n'existe pas. C'est la conduite de la Cour de Cassation elle-même que, dans ses grandes lignes, observe le Conseil d'Etat. Mais l'évolution va se produire, rapide. C'est elle qu'il nous faut étudier.

SECTION II. — *La Jurisprudence depuis 1906.*

La période de temps qui s'ouvre en 1906 va nous montrer de façon fort nette une jurisprudence en évolution. Le Conseil d'Etat s'engage dans une voie qui le mènera à un examen de plus en plus large des faits. La jurisprudence sera quelquefois flottante, et certains arrêts témoigneront des hésitations du juge. Mais de la marche qui va s'ensuivre le signal est déjà donné, et, du haut de leur siège, les Commissaires du Gouvernement agissent. Le Conseil d'Etat va déjà formuler quelques solutions hardies, et il en rendra d'autres possibles pour un avenir peu lointain, certains arrêts de rejet contenant en eux le germe même de décisions positives à intervenir. Nous allons assister à une manifestation caractéristique de la méthode du Conseil d'Etat qui, suivant l'heureuse expression de M. Hauriou (1), « investit tous les alentours de la place avant de faire siège de la citadelle et de l'emporter d'assaut ».

(1) Note sous S. 1909, 3, 1.

§ 1.

Dès 1907, le Conseil d'Etat laisse apparaître une disposition très nette à s'écarter de la réserve dans laquelle il s'était tenu jusque-là à l'égard des faits.

Le Conseil était saisi d'une requête lui demandait d'annuler pour excès de pouvoir un décret du 10 octobre 1905 qui avait « nommé le sieur Léon Mirman directeur de l'assistance et de l'hygiène publiques au Ministère de l'Intérieur, en remplacement du sieur Monod, admis, sur sa demande, à faire valoir ses droits à la retraite et nommé directeur honoraire au Ministère de l'Intérieur ». A l'occasion de cette requête, le commentateur du Dalloz (1) déclare : « La seule question délicate que soulevait le pourvoi se rattachait à la mention inexacte que la mise à la retraite avait été prononcée sur la demande de l'intéressé. Le pourvoi soutenait que la rédaction du décret était de nature à induire le chef de l'Etat en erreur sur le caractère de l'acte soumis à sa signature. Lorsqu'un fonctionnaire demande sa mise à la retraite, l'acte qui la lui accorde est une mesure gracieuse ; la mise à la retraite d'office, si elle ne lèse aucun droit, peut faire un singulier grief à l'intéressé et il semble nécessaire que le chef de l'Etat soit mis à même d'apprécier les motifs qui la font proposer. » En somme, la requête soutenait principalement que c'était à la suite d'une inexacte appréciation des circonstances de la cause consécutive à une erreur de fait de l'Administration que le Président de la République avait statué.

(1) C. D. 1908, 3, 123 et la note.

Que décide le Conseil d'Etat? : « Considérant, dit-il, qu'il résulte de l'instruction, d'une part que le sieur Monod remplissait les conditions d'âge et de durée des services exigées par l'art. 5 de la loi du 9 juin 1853 pour être admis à faire valoir ses droits à la retraite et qu'ainsi, son admission à la retraite n'a pas eu le caractère d'une mesure disciplinaire; d'autre part, que si c'est à tort que le décret attaqué, qui nomme le sieur Mirman en remplacement du sieur Monod, énonce que ce dernier a été admis à faire valoir ses droits à la retraite sur sa demande, l'inexactitude de cette mention n'est pas, *dans les circonstances de l'affaire*, de nature à entacher d'illégalité ledit décret. » Le Conseil d'Etat rejette la requête, il se refuse à annuler le décret pour erreur de fait; mais le membre de phrase « dans les circonstances de l'affaire », montrant clairement que le Conseil d'Etat a examiné les circonstances et aurait statué différemment si elles avaient été autres, dévoile un examen approfondi des faits, et une certaine disposition à tenir compte d'une erreur de fait.

§ 2.

C'est dans le domaine de la police municipale qu'entre 1906 et 1912 la jurisprudence du Conseil d'Etat va plus particulièrement étendre son pouvoir d'examen du fait, et l'évolution réalisée à cet égard va être très remarquable : elle va être le point de départ de toute une jurisprudence qui s'arrogera le droit de contrôler en fait les motifs des décisions administratives, dans les cas où des motifs sont exigés par la loi.

Avant 1906, le Conseil d'Etat ne se reconnaissait le droit 5

d'apprécier la légalité des motifs des actes d'administration qu'en vue de rechercher le détournement de pouvoir. Désormais, il va examiner en fait les motifs en dehors de tout détournement de pouvoir, quand il existera une loi qui donnera à cet examen une certaine base. Or en matière de police des cultes, la loi de 1905 a déclaré que « l'exercice de la police doit être concilié avec le respect de la liberté des cultes », et la loi du 5 avril 1884 exige que les arrêtés de police soient justifiés par la nécessité d'assurer l'ordre public. Le Conseil d'Etat va désormais examiner en fait si, dans une espèce donnée, il y avait nécessité d'assurer l'ordre public et il annulera les arrêtés qui n'étaient pas justifiés par une semblable nécessité.

Ainsi dans un arrêt du 2 août 1907 (abbé Garcin) (1), le Conseil déclare illégal un article de l'arrêté du Maire de Villeneuve-les-Maguelonne : « Vu les lois des 18 Germinal an X, 9 décembre 1905, 5 avril 1884 et 24 mai 1872; — Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre sur la voie publique ne pouvait être invoqué par le Maire pour lui permettre d'interdire le port par le clergé des ornements sacerdotaux dans les convois funèbres; que, dès lors, l'art. 4 de l'arrêté du 1^{er} avril 1905 est illégal. »

La formule est sensiblement la même dans des arrêts du 14 février 1908 (abbé Valette) et du 5 août (abbé Morel et autres) (1) : « Considérant, dit le Conseil dans ce dernier arrêt, qu'aucun motif tiré de la nécessité de maintenir l'ordre et la tranquillité publique ne pouvait être

(1) S. 1909, 3, 3.

(1) Cf. également S. 1909, 3, 3.

invoqué par le Maire de Salins pour limiter, comme il l'a fait, les sonneries religieuses ; que les prescriptions de son arrêté portent ainsi atteinte au libre exercice du culte et qu'en les édictant, il a méconnu les dispositions précitées des lois du 9 décembre 1905 et du 2 janvier 1907. »

Enfin, un arrêt du 19 février 1909 (abbé Olivier et autres) (2), rendu sur les remarquables conclusions du Commissaire du Gouvernement Chardenet, a presque la valeur d'un arrêt de principe : « Considérant, dit le Conseil d'Etat, que si le Maire est chargé par l'art. 97 de la loi du 5 avril 1884 de maintenir l'ordre dans la commune, il doit concilier l'accomplissement de sa mission avec le respect des libertés garanties par les lois ; qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un arrêté rendu par application de l'art. 97 précité, non seulement de rechercher si cet arrêté porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si le Maire n'a pas, dans l'espèce, fait de son pouvoir un usage non autorisé par la loi. » Et le Conseil recherche si en fait dans la ville de Sens il y avait nécessité publique de réglementer les convois funèbres.

On aperçoit dans cet arrêt l'extension très grande subie par l'ouverture de violation de la loi, qui semble bien dans ces arrêts être le grief servant de base à l'annulation, dans l'absence de la preuve précise d'un but illégal. Le Conseil d'Etat tient compte, en statuant, de l'esprit général d'une loi. L'examen des faits, en conséquence, grandit progressivement.

(2) Lebon, 1909, p. 187.

C'est la même tendance qui fait que le Conseil d'Etat recherche s'il ne s'est pas produit de « circonstances exceptionnelles » pouvant légitimer l'action des Maires. Et il annule les arrêtés que ne justifient pas des circonstances exceptionnelles (10 février 1908, abbé Déliard) (1). Il faut remarquer que l'expression « circonstances exceptionnelles » ne se trouve cependant pas dans la loi. C'est seulement un synonyme de l'expression « nécessité publique ».

La conduite du Conseil d'Etat en ce domaine sera plus tard examinée en termes particulièrement heureux par le Commissaire du Gouvernement Corneille : « Vous déclarez dans vos décisions, dit-il au sujet d'une affaire Baldy du 10 août 1917, qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir en matière de police municipale, non seulement de rechercher si l'arrêté en cause porte sur un objet compris dans les attributions de l'autorité municipale, mais encore d'apprécier, suivant les circonstances de la cause, si l'administration n'a pas, dans l'espèce, pris un arrêté ne se justifiant pas par les nécessités de l'ordre public. Vous appréciez, au fond, les nécessités de l'ordre public, parce que, de ces nécessités, ressort la vraie ou la fausse application de la loi par l'auteur de l'acte... Vous faites pénétrer plus avant que la Cour de Cassation dans le corps de l'arrêté votre droit de censure et votre pouvoir de mise à néant. » Et c'est depuis 1907 que le Conseil d'Etat agit ainsi.

Toujours dans l'application de la loi du 9 décembre 1905, mais relativement à des espèces plus spéciales, le Conseil d'Etat est encore amené à examiner des faits.

(1) Lebon, 1908, p. 134.

Ainsi l'art. 51 du décret du 16 mars 1906, portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 9 décembre 1905, ne permet d'employer les cloches des églises pour des sonneries civiles que s'il y a péril commun, usage local, usage prescrit par les lois et règlements. Le Conseil d'Etat sera amené à vérifier si ces conditions légales existent en fait. Dans de nombreux arrêts il examinera notamment s'il y avait dans une commune usage local (Conseil d'Etat, 26 mai 1911, abbé Durand; — 28 juillet 1911, abbé Auzia).

Dans une affaire un peu spéciale, relative à la police des cimetières (21 janvier 1910, Gonot) (1), le Conseil d'Etat a certainement procédé à un examen des faits : il s'agissait d'une croix élevée par un particulier sur le terrain dont il était le concessionnaire. Le Maire avait prescrit l'enlèvement de la croix. « Toute la question, avait dit le Commissaire du Gouvernement Saint-Paul, se ramène à savoir si, à raison des dimensions un peu insolites de la croix édiflée par le sieur Gonot, le Maire était en droit de la considérer comme une consécration confessionnelle de nature à porter atteinte à la neutralité du cimetière, ce qui est l'unique motif sur lequel son arrêté s'est fondé pour en prescrire l'enlèvement. » Le Conseil d'Etat annula l'arrêté du Maire pour excès de pouvoir; il est bien certain qu'avant de statuer il prit en considération la hauteur de la croix, pure question de fait.

De même, dans un arrêt du 23 juin 1911 (dames Téoulé et Baux) (2), le Conseil d'Etat se fit juge de la question de

(1) Lebon, 1910, p. 52.

(2) Lebon, 1911, p. 714 et S. 1914, 3, 21.

savoir si une pierre tombale constituait un véritable monument, auquel cas il aurait fallu une autorisation au particulier, ou une simple pierre sépulcrale, qui pourrait être placée sans autorisation, aux termes du décret du 23 Prairial an XII. La question litigieuse était toute de fait.

§ 3.

Mais l'examen du fait, dont la portée était jusqu'alors demeurée restreinte, va soudain affirmer son importance dans un arrêt Dessay du 13 mai 1910 (1). C'est au moyen d'un recours pour excès de pouvoir que le sieur Dessay, ancien sous-officier de dragons, demande au Conseil d'annuler une décision par laquelle le Ministre de la Guerre a rejeté sa demande de congé de réforme n° 1, parce que ses infirmités n'avaient pas été contractées au service militaire. Le requérant soutenait, au contraire, qu'il était atteint d'anémie générale consécutive à un rhumatisme aigu contracté à la suite de refroidissements subis à Alger, en service commandé; qu'il réunissait dès lors toutes les conditions pour recevoir un congé de réforme n° 1.

En d'autre temps, le Conseil d'Etat aurait décidé que la décision du Ministre avait été prise en observation des formes résultant des lois et règlements, et comme telle, était légale. En 1909, il n'agit plus ainsi : après avoir visé les textes législatifs, les loi des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872, et le décret du 10 août 1886, le Conseil d'Etat annule la décision du Ministre : « Considérant que le refus du Ministre peut avoir pour effet de priver le sieur Dessay

(1) Lebon, 1910, p. 406.

du droit de concourir pour les emplois réservés par le tableau E annexé à la loi du 21 mars 1905 aux anciens sous-officiers rengagés ayant accompli au moins quarante ans de services ou ayant été réformés par suite de blessures ou d'infirmités contractées au service; qu'ainsi le requérant a intérêt et par suite qualité à discuter la légalité du refus qui lui a été opposé; qu'il suit de là que la requête du sieur Dessay est recevable.

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'infirmité dont le requérant est atteint provient des fatigues et dangers du service militaire et notamment des refroidissements auxquels il a été exposé dans le courant du mois de janvier 1906; que, dès lors, il est fondé à demander l'annulation de la décision par laquelle le Ministre de la Guerre a rejeté sa demande de congé de réforme n° 1. »

Cet arrêt apparaît comme assez troublant. A première vue, il semble bien que la raison de l'annulation soit l'erreur de fait du Ministre. Le Conseil constate l'inexacte appréciation des faits; est-ce elle qu'il réprime? La rédaction de l'arrêt, assez imparfaite, rend délicate l'analyse juridique. Mais nous aurons à revenir sur cet arrêt Dessay, qui a fait l'objet d'un article de M. Jèze, et qui est l'une des bases de la théorie de l'erreur de fait examinée plus loin. Dans cet exposé objectif de l'évolution jurisprudentielle, contentons-nous de relever le progrès indiscutable de la notion de fait dans l'esprit du juge de l'excès de pouvoir.

§ 4.

Non moins caractéristique de la tendance nouvelle du Conseil d'Etat à tenir compte des erreurs de fait, est un

arrêt du 7 avril 1911 (Massonie et autres) (1). C'est un arrêt de rejet, mais le juge laisse entrevoir qu'en d'autres circonstances il aurait statué autrement. Par rapport aux décisions antérieures rendues en la matière, cet arrêt constitue un véritable changement de jurisprudence.

La décision attaquée est le décret de dénombrement de la population des villes. Quand le chiffre de la population fixé par le décret n'est pas conforme à la réalité des faits, le décret peut-il être annulé pour excès de pouvoir?

Non, répond le Conseil d'Etat dans un arrêt du 22 juin 1900 (Ville de Saint-Gaudens), statuant sur un recours pour excès de pouvoir demandant uniquement l'annulation du décret pour erreur de fait : « Le décret attaqué ne fait par lui-même aucun grief à la commune et les erreurs de fait dont il peut être entaché ne peuvent donner lieu à un recours pour excès de pouvoir. »

Et dans un arrêt du 10 juin 1910 (commune de Bruges) (1), le Conseil d'Etat, confirmant sa jurisprudence, refuse de tenir compte d'une erreur de fait.

Mais dans sa décision du 7 avril 1911, il n'en est plus ainsi : le Conseil se montre disposé à relever l'erreur de fait. Il est vrai que les requérants invoquent un droit acquis, leur droit comme instituteurs à une indemnité de résidence plus élevée dans les villes de plus de 12.000 habitants. « Considérant, dit le Conseil d'Etat, qu'aux termes de l'art. 12 de la loi du 12 juillet 1889, l'indemnité de résidence à laquelle ont droit les instituteurs est fixée d'après le chiffre de la population agglomérée de chaque

(1) Lebon, 1911, p. 434.

(1) Lebon, 1910, p. 453.

commune et qu'un règlement d'administration publique dresse le tableau des indemnités à leur allouer d'après les bases ci-dessus indiquées;

« Considérant que le décret du 30 décembre 1906 a arrêté à 11,741 habitants la population agglomérée de la ville de Tulle antérieurement portée à un chiffre supérieur à 12.000; que les requérants n'établissent pas et qu'il ne résulte pas de l'instruction que ce soit par une fausse appréciation de l'état de fait que les habitants des faubourgs qu'ils indiquent n'ont pas été compris dans cette population; que dès lors les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le règlement d'administration publique attaqué a violé les dispositions de l'art. 12 de la loi du 19 juillet 1889 modifié par la loi du 25 juillet 1893. »

Le Conseil d'Etat rejette la requête, mais il laisse voir que s'il avait résulté de l'instruction que ce fût par une fausse appréciation de l'état de fait que les habitants des faubourgs n'avaient pas été compris dans la population, il aurait sans doute annulé le décret.

Cet arrêt est encore un de ceux qui permettent, le plus valablement, de soutenir que le Conseil d'Etat réprime les erreurs de fait. Il nous permet de constater comme en 1911 le Conseil d'Etat est déjà loin de sa jurisprudence de 1906, comme il ne se contente plus d'apprécier le caractère légal des faits, comme il se penche de plus en plus vers les circonstances d'une cause, et comme il élargit son examen du fait en matière de recours pour excès de pouvoir.

§ 5.

A partir de 1912, le Conseil d'Etat va généraliser sa

pratique qui lui fait tenir compte des faits. L'examen du fait, bien loin d'être exceptionnel, va devenir presque habituel. Les décisions qui en témoignent ne seront plus isolées, mais nombreuses. C'est à partir de 1913 que peuvent être relevées les décisions les plus typiques, et c'est également à partir de cette date que le Conseil, comme nous le verrons plus loin, a essayé, par la rédaction même de ses arrêts, de rendre moins visible un examen des faits qui allait chaque jour grandissant.

Dès 1913, on peut signaler un très important changement de jurisprudence : il s'agit de la matière des subventions déguisées au culte et plus spécialement des locations de presbytères par les communes.

Aux termes de l'art. 1^{er} de la loi du 2 janvier 1907, la location des presbytères aux curés par les communes doit être approuvée par le Préfet. La loi n'est pas plus explicite sur le droit du Préfet en cette matière, et jusqu'en 1913 le Conseil d'Etat lui reconnaissait un pouvoir souverain d'appréciation des faits.

C'est ce qui résulte d'un arrêt du 15 novembre 1912 (commune de Fleurey) (1) : « Considérant, dit le Conseil d'Etat, que, d'après l'art. 1^{er} de la loi du 2 janvier 1907, la location des presbytères dont les communes sont propriétaires doit être approuvée par l'administration préfectorale et qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'est venue apporter de restriction au pouvoir d'appréciation conféré au Préfet ;

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le Préfet de la Haute-Saône a refusé d'approuver la location du

(1) Lebon, 1912, p. 1.053.

presbytère aux conditions proposées par le Conseil Municipal, pour les motifs que le prix de ladite location serait insuffisant et constituerait une subvention déguisée au culte, prohibée par les lois du 9 décembre 1905 et du 2 janvier 1907; qu'il n'est pas établi que le Préfet, en prenant la décision sus-visée, ait fait usage des pouvoirs qu'il tient de la disposition législative ci-dessus rappelée dans un but autre que celui pour lequel ils ont été conférés; que, par suite, la commune de Fleurey-Lavoncourt n'est pas fondée à demander l'annulation de ladite décision. »

Mais, défenseur de l'esprit de la loi de 1907 qui veut avant tout et seulement interdire les subventions déguisées au culte, le Conseil d'Etat se fait en 1913 juge de la question de savoir si, dans une espèce donnée, il y a eu ou non en fait subvention déguisée.

Un arrêt du 28 novembre 1913 (commune de Chambon) (1) opère cette extension de pouvoirs : « Considérant, dit le Conseil d'Etat, qu'il ne résulte pas des pièces versées au dossier qu'en abaissant de 200 francs, impôts à la charge du preneur, à 150 francs, impôts à la charge du bailleur; le montant du loyer du presbytère, par ses délibérations des 18 août et 5 octobre 1912, le Conseil Municipal ait eu d'autre but que d'assurer la location d'un immeuble qui risquait autrement de rester inoccupé; qu'ainsi lesdites délibérations ne concédaient pas une subvention au culte catholique, interdite par l'art. 2 de la loi du 9 décembre 1905, et que, par suite, la commune requérante est fondée à soutenir que c'est par une fausse application des art. 63

(1) Lebon, 1913, p. 1164.

et 65 de la loi du 5 avril 1884 que le Préfet du Loiret les a déclarées nulles de droit. » Et le Conseil d'Etat annule l'arrêté du Préfet.

Un arrêt du 12 mars 1915 (abbé Pélissard (1) est plus explicite et caractéristique encore : « Considérant, dit le Conseil d'Etat, que, par une délibération en date du 10 novembre 1912, le Conseil Municipal de la commune de Vévry a loué le presbytère au sieur Pélissard, moyennant un loyer annuel de 100 francs; que si, antérieurement à cette délibération, le prix de location avait été fixé à 150 francs, il est *constant* que la réduction consentie par le Conseil Municipal a été motivée par la transformation de la moitié de l'immeuble en bureau de poste, et que les réparations effectuées dans les parties conservées pour l'habitation n'ont pas eu pour effet d'élever leur valeur locative réelle à un chiffre supérieur à celui qui a été fixé par la délibération précitée; que, dès lors, le Conseil Municipal, en passant l'acte de bail, n'a pas donné une subvention déguisée pour l'exercice du culte; que, par suite, le requérant est fondé à soutenir que, par l'arrêté attaqué, le Préfet du Jura a méconnu la portée de l'art. 1^{er}, § 3 de la loi du 2 janvier 1907. » Et le Conseil d'Etat annule encore l'arrêté du Préfet.

On voit comme le Conseil d'Etat s'écarte de la Cour de Cassation. Non seulement le mot de « subvention déguisée » ne se trouve pas caractérisé légalement dans l'ensemble de la loi de 1907, mais il se trouve complètement absent de la disposition de loi qui donne au Préfet le pouvoir d'ap-

(1) Lebon, 1915, p. 74.

probation. Cependant le Conseil d'Etat recherche s'il y a eu en fait subvention déguisée. Nous verrons plus loin si ce que le Conseil réprime, c'est l'erreur de fait de l'administration, ou bien la violation de la loi. Quoi qu'il en soit, l'examen du fait a atteint une limite qui semblait difficile à dépasser : et cependant elle a été franchie.

§ 6.

Peut-être moins hardie, en effet, dans sa conception, mais beaucoup plus grave dans ses conséquences, et aussi caractéristique, est la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de perspectives monumentales.

En cette matière qui, tout principalement a déterminé les commentaires de la doctrine, l'arrêt fondamental est un arrêt Gomel du 4 avril 1914 (1). Il suffit de le reproduire en entier pour saisir la question :

« Considérant qu'aux termes de l'art. 3 du décret du 26 mars 1852, « tout constructeur de maison, avant de se mettre à l'œuvre, devra demander l'alignement et le nivellement de la voie publique au devant de son terrain et s'y conformer; que l'art. 3 du même décret, modifié par l'art. 118 de la loi du 13 juillet 1911, porte : « Il devra « pareillement adresser à l'Administration un plan et des « coupes cotées des constructions qu'il projette, et se sou- « mettre aux prescriptions qui lui seront faites dans l'in- « térêt de la sûreté publique, de la salubrité, ainsi que de « la conservation des perspectives monumentales et des

(1) Lebon, 1914, p. 488.

« sites, sauf recours au Conseil d'Etat par la voie contentieuse. »

« Considérant que ce dernier article ainsi complété par la loi du 13 juillet 1911 a eu pour but de conférer au Préfet le droit de refuser, par voie de décision ministérielle, le permis de construire, au cas où le projet présenté porterait atteinte à une perspective monumentale; que les seules restrictions apportées au pouvoir du Préfet, dont la loi n'a pas subordonné l'exercice à un classement préalable des perspectives monumentales sont celles qui résultent de la nécessité de concilier la conservation desdites perspectives avec le respect dû au droit de propriété;

« Mais considérant qu'il appartient au Conseil d'Etat de vérifier si l'emplacement de la construction projetée est compris dans une perspective monumentale existante, et, dans le cas de l'affirmative, si cette construction telle qu'elle est proposée, serait de nature à y porter atteinte;

« Considérant que la place Beauvau ne saurait être regardée dans son ensemble comme formant une perspective monumentale; qu'ainsi, en refusant par la décision attaquée au requérant l'autorisation de construire, le Préfet de la Seine a fait une fausse application de l'art. 118 de la loi précitée du 13 juillet 1911. » Et le Conseil d'Etat annule l'arrêté du Préfet.

Avec cet arrêt nous touchons au summum de l'examen du fait : en effet, le Conseil d'Etat se reconnaît le droit de contrôler si tel emplacement constitue une perspective monumentale; or, une pareille vérification ne peut résulter de l'examen d'un dossier : une véritable constatation matérielle s'impose; un examen sur place peut être nécessaire.

Et depuis l'arrêt Gomel, le Conseil d'Etat a plusieurs fois confirmé sa jurisprudence : dans un arrêt du 1^{er} août 1914 (Wiriot), il a déclaré que la place de l'Etoile constituait une perspective monumentale ; il a de même reconnu ce caractère à la place de la Madeleine, dans un arrêt Pillot de la même date ; il a enfin, dans un arrêt du 15 novembre 1918 (Société d'Assurance Mutuelle de Paris), reconnu en fait que la rue de Castiglione constituait une perspective monumentale. Dans tous ces cas il a confirmé les arrêtés préfectoraux.

Dans ces arrêts le Conseil d'Etat déclare si en fait il y a ou non perspective monumentale et vérifie si en fait la construction projetée est de nature à nuire à la perspective. Les considérations de fait prennent dans ce domaine juridique une importance qu'elles n'avaient encore jamais eue. L'examen de fait auquel se livre le Conseil d'Etat, considérable en lui-même, acquiert une valeur très grande ; mais est-il primordial ? et est-ce l'erreur de fait du Préfet que le juge réprime ? n'est-ce pas plus juridiquement la violation de la loi de 1911 ? C'est ce qui sera examiné plus loin.

§ 7.

Les années 1915 et 1916 vont voir se fixer, suivant des lignes précises, la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de révocation de maires et d'adjoints.

Le Conseil d'Etat qui, pendant longtemps, s'était refusé à vérifier en fait les motifs des décisions administratives, va se reconnaître ce droit au sujet des maires et des adjoints. Il prend pour base juridique en ce domaine la loi

du 8 juillet 1908, qui déclare que les arrêtés de suspension et les décrets de révocation des maires et adjoints doivent être motivés, mais, ne se bornant pas à constater si la décision est motivée dans la forme, ce qui serait la mission stricte d'un juge de cassation, il s'arroge le droit de rechercher si les motifs invoqués existent en fait et s'ils peuvent, en droit, légitimer la mesure disciplinaire.

La jurisprudence en la matière, esquissée dans un arrêt du 28 juin 1912 (Boisselet), se développe avec un arrêt Poussonaille du 18 juin 1915 : « Le Conseil d'Etat : Sur le moyen tiré de ce que les motifs de l'arrêté attaqué seraient inexacts : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que la décision attaquée a été prise par le Préfet de l'Isère à raison de fautes constatées dans le service ; que le requérant n'établit pas que les faits relevés par elle sont inexacts et qu'ainsi il n'est point fondé à soutenir qu'elle serait entachée d'excès de pouvoir. »

Jamais auparavant le Conseil d'Etat n'aurait admis la discussion au contentieux d'une mesure de suspension prise à raison de fautes constatées dans le service. Voici maintenant qu'il l'admet formellement. Le Conseil s'écarte de la façon la plus nette de la Cour de Cassation, qui ne contrôle jamais les motifs de la décision du premier juge.

La théorie jurisprudentielle va s'affirmer et prendre sa forme définitive dans un arrêt du 14 janvier 1916 (Camino) (1). Les attributions du juge de l'excès de pouvoir en la matière y sont indiquées dans une formule fort précise, qui est, du reste, celle que proposait dans ses remarquables

(1) Lebon, 1916, p. 15.

conclusions le Commissaire du Gouvernement Corneille :

« Considérant que si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déférées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient, d'une part, de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures, et, d'autre part, dans le cas où lesdits faits sont établis, de rechercher s'ils pouvaient légalement motiver l'application des sanctions prévues par la disposition précitée. »

Ainsi le Conseil s'attribue un double pouvoir d'examen : 1° examen du fait quant à sa matérialité « Comme juge de l'excès de pouvoir », dira plus tard le Commissaire du Gouvernement Corneille (19 juillet 1918, ville de Saint-Etienne), « vous êtes compétent pour vérifier l'existence des motifs qui ont dicté la décision, alors que les faits sont constants et que le motif dressé est un motif de légalité » ; 2° examen du fait quant à sa valeur légale. « Le Conseil, déclare le Commissaire du Gouvernement, ne doit s'arrêter que devant l'examen de la valeur en fait des motifs de l'arrêté. »

Dans l'arrêt Camino, le Conseil d'Etat se livre à ce double examen :

« Considérant, dit-il, que l'arrêté et le décret attaqués sont fondés sur deux motifs qui doivent être examinés séparément ;

« Considérant, d'une part, que le motif tiré de ce que le Maire d'Hendaye aurait méconnu les obligations qui lui sont imposées par la loi du 5 avril 1884, en ne veillant pas à la décence d'un convoi funèbre auquel il assistait, re-

pose sur des faits et sur des allégations dont les pièces versées au dossier établissent l'inexactitude;

« Considérant, d'autre part, que le motif tiré de prétendues vexations exercées par le requérant à l'égard d'une ambulance privée, relève des faits qui, outre qu'ils sont incomplètement établis, ne constitueraient pas des fautes commises par le requérant dans l'exercice de ses attributions et qui ne seraient pas, par eux-mêmes, de nature à rendre impossible le maintien du sieur Camino à la tête de l'administration municipale; que, de tout ce qui précède, il résulte que l'arrêté et le décret attaqués sont entachés d'excès de pouvoir. »

Ainsi, relativement au premier motif, le Conseil d'Etat relève une erreur de fait. Nous verrons plus tard si c'est elle qui est la cause de l'annulation contentieuse.

Relativement au second motif, le Conseil d'Etat dénie sa valeur légale; il estime qu'étant donné la loi, il n'est pas suffisant à légitimer une révocation. Le Conseil opère là un examen bien délicat, car la valeur en droit est bien voisine de la valeur en fait, et cette notion de la valeur en fait se confond à peu près avec une autre notion que nous avons vue être absolument étrangère à l'analyse juridique du juge de la violation de la loi, la notion d'opportunité.

Aussi le Conseil d'Etat juge-t-il nécessaire d'affirmer nettement qu'il n'est pas juge de l'opportunité :

« Considérant, déclare-t-il dans un arrêt récent du 8 juillet 1918 (Gérard), qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'apprécier l'opportunité de la mesure ni le bien fondé des motifs, sauf dans le cas où l'inexistence flagrante des faits allégués laisserait sans aucune base l'acte atta-

qué, ou si les motifs invoqués n'étaient pas par eux-mêmes de nature à provoquer une mesure disciplinaire; que les faits relevés par l'instruction contre le sieur Gérard sont manifestement de ceux qui rendaient impossible son maintien à la tête de l'administration municipale. »

Cette jurisprudence, aujourd'hui constante, donne au Conseil d'Etat un pouvoir extraordinaire d'examen du fait. Il semble, en la matière, être juge du fait. Mais nous verrons qu'il n'y a là qu'une apparence.

§ 8.

Les trois groupes de décisions qui viennent d'être examinés sont essentiels. Dans trois matières différentes, le Conseil d'Etat consacre aujourd'hui une jurisprudence qui se livre à un examen indiscutable du fait, et les arrêts cités sont les arrêts capitaux; ce sont eux qui ont amené les commentaires des juristes et déterminé la conception de l'erreur de fait; c'est sur eux que par suite portera plus loin la discussion théorique. Mais, pour être complet dans notre étude de la jurisprudence examinant les faits, il nous faut encore passer en revue quelques espèces, plus récentes encore.

A. — Dans un arrêt du 11 mai 1917 (Martin) (1), le Conseil d'Etat recherche s'il était possible en fait de provoquer les observations d'un lieutenant de réserve révoqué, conformément aux dispositions du décret du 9 septembre 1914 : « Considérant qu'il est *constant*, en l'espèce, qu'il était possible de provoquer les observations du sieur Mar-

(1) Lebon, 1917, p. 377.

tin sur les faits relevés contre lui; qu'en effet, il a été invité à produire ses observations, mais que cette invitation ne lui est parvenue que postérieurement au 20 novembre 1914, date à laquelle était intervenu le décret prononçant sa révocation; que, *dans ces circonstances*, le requérant est fondé à soutenir que ce décret a été rendu sur une procédure irrégulière et en demander l'annulation. »

B. — Dans un arrêt du 11 juillet 1913 (Borel et Bonhomme) (1), le Conseil d'Etat prend en considération le caractère suffisant d'une quantité d'eau : « Considérant, dit-il, que si le Maire, en vertu des pouvoirs très étendus qu'il tient de la loi du 15 février 1902, a, d'une manière générale, le droit d'obliger les propriétaires à relier leurs immeubles à la canalisation publique d'eau potable, il convient d'excepter le cas où ceux-ci justifieraient qu'ils ont à leur disposition de l'eau potable, dont la quantité et la qualité seraient reconnues suffisantes; qu'ainsi les requérants sont fondés à soutenir que l'art. 22 de l'arrêt attaqué, est entaché d'excès de pouvoir, en tant qu'il n'a pas formulé cette réserve. »

C. — Le 21 juillet 1916 (2), le Conseil d'Etat a rejeté le recours d'un sieur Charles dirigé contre le refus par le Préfet d'une demande de désaffectation de cimetière, fondée sur ce que les fréquents mouvements de terre résultant de l'exiguïté du cimetière, sis au centre de la commune, pouvaient présenter des dangers pour l'hygiène publique. Le requérant ne justifiait d'aucun moyen d'excès ou de détournement de pouvoir. Mais le Commissaire du Gouverne-

(1) S. 1917, 3, 18.

(2) Lebon, 1916, p. 309.

ment Corneille avait insisté sur le libellé de l'art. 2 de l'ordonnance du 6 décembre 1843, d'après lequel la translation doit être prononcée si elle devient nécessaire, et il avait déclaré que s'il était *constant* que la translation s'imposait par des considérations d'hygiène, notamment en cas d'épidémie dans le voisinage du cimetière, en refusant la translation, le Préfet ferait une fausse application du texte susceptible d'un recours pour excès de pouvoir.

D. — Depuis 1907 le Conseil d'Etat a généralisé son droit de contrôle des arrêtés de police des maires : les vérifications de fait s'exercent dans les matières les plus diverses : le Conseil d'Etat recherche si des processions spéciales sont consacrées par la tradition locale (abbé Didier, 1^{er} mai 1914); il examine de façon normale si les arrêtés sont justifiés (cf. Conseil d'Etat, 21 février 1919, président de la Société Protectrice des Animaux; — 28 février 1919, dames Dol et Laurent; — 7 mars 1919, dame Girard). Il faut cependant remarquer que la cause d'annulation est souvent le détournement de pouvoir.

E. — Enfin depuis 1914, le Conseil d'Etat rompant avec sa jurisprudence antérieure, se reconnaît le droit d'apprécier l'utilité publique des travaux qui ont donné lieu à un décret déclaratif : « Considérant, déclare-t-il dans un arrêt du 8 mai 1914 (Rivière) (1)... que l'opération projetée consiste dans l'agrandissement de la place sur laquelle se tient le marché de Billancourt; qu'ainsi elle présente, par sa nature, un caractère d'utilité générale, et rentre dès lors au nombre de celles en vue desquelles les communes peuvent recourir à la procédure d'expropriation. »

(1) Lebon, 1914, p. 557.

§ 9.

Tels paraissent être les principaux arrêts qui révèlent de façon caractéristique un examen du fait par le Conseil d'Etat. Parvenus au bout d'une énumération qui a pu paraître longue, mais qui a semblé nécessaire pour montrer l'évolution jurisprudentielle, nous pouvons, embrassant le cycle d'arrêts qui va de 1906 à 1919, mesurer d'un coup d'œil le chemin parcouru. Cette jurisprudence, qui de 1860 à 1906, était demeurée si prudente et si stable en matière d'examen des faits, est, à partir de 1906, devenue tous les jours plus hardie. Depuis cette date l'examen du fait n'a pas cessé de s'étendre; nous espérons avoir réussi à en montrer les graduations. Dès maintenant nous pouvons saisir les points de vue différents du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation et nous rendre compte des tendances dissemblables des deux juridictions : l'une qui cherche de plus en plus à vérifier les faits et étend souvent son rôle au domaine des contingences; l'autre qui, se renfermant dans la défense de la loi, réserve à l'examen du fait un caractère exceptionnel. Mais nous ne pouvons encore avoir qu'une impression; il nous faut, creusant davantage le texte même des sentences, chercher à préciser la conduite véritable du Conseil d'Etat. A l'exposé purement objectif doit succéder l'interprétation juridique.

TITRE III.

Interprétation Juridique de la Jurisprudence du Conseil d'État.

La jurisprudence qui a été ci-dessus résumée soulève deux problèmes qui, au point de vue des principes généraux, apparaissent comme graves.

Tout d'abord, est-il exact, ainsi que le prétendent certains juristes, que le Conseil d'Etat annule des décisions administratives pour erreur de fait, dépassant ainsi son rôle de juge de la légalité?

Puis, dans la négative, le Conseil d'Etat s'écarte-t-il, en tous cas, par son examen du fait, du rôle essentiel de tout juge de cassation, tel qu'il a été indiqué plus haut? Quel est alors le caractère exact de l'examen du fait?

En premier lieu il nous faut donc exposer l'interprétation doctrinale des arrêts précités. Il nous faudra ensuite tenter, de cette interprétation doctrinale, une réfutation motivée. Nous devons enfin essayer d'élaborer une interprétation personnelle de la jurisprudence administrative.

CHAPITRE I.

L'Interprétation Doctrinale ***La Conception de l'Erreur de Fait.***

C'est en 1911, à la suite de l'arrêt Dessay, que l'attention de la doctrine a été éveillée pour la première fois au sujet de la notion de fait dans le recours pour excès de pouvoir. Dans un article paru dans la *Revue de Droit Public* (1911, p. 286), M. Jèze a le premier soulevé la question de l'erreur de fait ouverture possible au recours pour excès de pouvoir; il s'est montré entièrement favorable à cette innovation; et, constatant qu'elle n'était pas encore complètement réalisée, il souhaitait un revirement complet de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Depuis, la question de l'erreur de fait a fait l'objet des observations de M. Hauriou. L'éminent auteur s'est fondé sur l'arrêt Gomel pour déclarer dans sa note du Sirey (S. 1917.3.25) et dans la 10^e édition de son *Traité de Droit administratif*, résumé de la note, page 459, que l'introduction de l'erreur de fait comme cinquième ouverture, éminemment désirable, était à la vérité réalisée.

Il convient de citer textuellement les savants juristes.

§ 1.

« La doctrine, déclare M. Jèze dans son article de la

Revue de Droit Public, a voulu, à la suite de Laferrière, faire rentrer tous les cas d'excès de pouvoir dans quatre catégories : incompétence, vice de forme, violation de la loi et des droits acquis, détournement de pouvoir. Elle n'y a réussi qu'au détriment de la vérité... Pour ma part, je repousse catégoriquement cette classification étroite, vieillotte. Elle a deux inconvénients principaux : 1° Elle ne cadre pas avec les faits : il y a autant de cas d'ouverture au recours pour excès de pouvoir qu'il y a de limitation à la compétence des agents... 2° Elle forme obstacle au développement du recours pour excès de pouvoir... Il conviendrait, continue M. Jèze, d'orienter l'action de la jurisprudence dans la direction suivante : il n'est pas rare que les actes administratifs reposent sur une erreur de fait. Faut-il permettre aux individus lésés par cet acte entaché d'une erreur de fait de former un recours pour excès de pouvoir ? Avec la vieille classification... il semble bien qu'à moins de torturer les rubriques ou de ne leur reconnaître aucune signification précise, l'erreur de fait n'est pas un cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.

« Au contraire, avec l'idée que toute violation des règles sur la compétence est un cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, l'erreur de fait apparaît comme un grief : l'agent administratif qui prend une décision en affirmant que telles ou telles circonstances de fait existent, alors qu'en réalité ces circonstances de fait n'existent pas, accomplit un acte juridiquement critiquable. Cet acte peut avoir toutes les apparences de la régularité. Il en est ainsi comme au cas de détournement de pouvoir ; l'acte n'est régulier qu'en apparence ; en réalité, il est en-

taché d'excès de pouvoir. Et, qu'on le remarque, peu importe que l'erreur ait été commise de bonne foi par l'auteur de l'acte ou que l'affirmation inexacte ait été faite en connaissance de cause : c'est ce que, dans le langage diplomatique, on appelle une contre-vérité et, dans le langage vulgaire, un mensonge. »

« D'une manière générale », déclare M. Jèze, « le Conseil d'Etat n'admet pas encore que l'erreur de fait soit un grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir. » Il cite en exemple l'arrêt Abadie, transcrit plus haut. Et au sujet de l'affaire Monod (cf. Supra), M. Jèze dit : « Il ne semble pas téméraire de dire que si « les « circonstances de l'affaire » avaient été autres, l'inexacti-
« tude de la mention aurait été de nature à entacher d'illé-
« galité ledit décret. Mais ceci, c'est reconnaître que l'er-
« reur de fait peut servir de base à un recours pour excès
« de pouvoir. »

« Cette dernière solution, poursuit M. Jèze, le Conseil d'Etat l'a depuis longtemps adoptée dans un cas particulier, qui s'est présenté à nouveau dans l'arrêt du 13 mai 1910, Dessay.

« Un militaire ayant été mis en réforme avec un congé n° 2, affirme qu'il est atteint d'une infirmité contractée en service commandé, dans les conditions requises par la loi pour recevoir un congé n° 1. Le Ministre refuse de délivrer le congé de réforme n° 1, lequel comporte des avantages supérieurs à celui que confère le congé de réforme n° 2. Le militaire attaque par la voie du recours pour excès de pouvoir le refus du Ministre. On le voit, le recours repose tout entier sur l'erreur de fait qui, d'après le re-

quéran, a été commise par le Ministre. Le Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, peut-il examiner cette erreur de fait? Le Conseil d'Etat l'avait admis en 1899 (1^{er} décembre 1899, Bonduelle). Il l'a admis à nouveau en 1910, sur les conclusions conformes du commissaire du Gouvernement, M. Blum.

« Les arrêts de 1899 et 1910 sont excellents, déclare M. Jèze; il conviendrait de généraliser la solution et d'admettre l'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir; ce serait un important progrès dans la théorie du recours pour excès de pouvoir. »

M. Jèze prévoit ensuite l'objection fatale, la mission du Conseil d'Etat en la matière, son rôle de juge de la légalité. Il y oppose l'opinion de M. Romieu, qui a déjà été indiquée plus haut (page 31), et qui ne semble pourtant guère déterminante en sa faveur.

M. Jèze conclut : « Jusqu'ici le Conseil d'Etat ne tient compte des erreurs de fait que si le fait est pour le requérant, la condition de l'exercice d'un pouvoir légal. Tel est certainement le cas dans les affaires Bonduelle et Dessay. Tel n'était pas le cas dans l'affaire Abadie et dans l'affaire Monod. Mais ne peut-on pas raisonnablement soutenir que l'agent administratif qui prend une décision en commettant une erreur de fait ou en invoquant sciemment ou non des faits inexacts, accomplit un acte irrégulier, tout comme lorsqu'il se sert de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ses pouvoirs lui ont été donnés? Il est probable que cette manière de voir rencontrera d'abord les mêmes résistances qui s'opposèrent naguère au développement de la notion du détournement de pouvoir.

Mais la logique de l'institution du recours pour excès de pouvoir sera sans doute plus forte que ces résistances. »

M. Jèze, on le voit, est plus hardi dans ses vœux que dans ses constatations. Il n'en est pas de même de M. Hauriou.

§ 2.

Dans sa note du Sirey sous l'arrêt Gomel, M. Hauriou déclare tout d'abord que le recours pour excès de pouvoir tend de plus en plus à devenir le recours pour contrôle de la légalité. Mais, rompant avec son opinion antérieure, qui a été indiquée au début de cette étude (cf. supra, page 3) : « Il faut se défier de cet engouement, » déclare-t-il. « Il y a, dans la notion de l'excès de pouvoir, un principe propre, qu'il ne faut pas abandonner parce qu'il est doué d'une plus grande élasticité que le principe de la légalité. »

Suit une analyse du principe de la légalité par le savant auteur ; ce principe aboutit à faire réprimer par le juge la violation de la loi qui est qualifiée d'erreur de droit. « L'erreur de droit suppose la préoccupation de l'homogénéité du système du droit sous l'hégémonie de la loi. »

M. Hauriou déclare ensuite que l'erreur de fait échappe à la censure pour violation de la loi : « Le principe de la légalité, dit-il, est en effet une police du système juridique. Ce n'est pas une police de la magistrature ni de l'administration. »

Puis l'éminent juriste expose sa conception personnelle (ou plutôt ce qui est aujourd'hui sa conception personnelle) de la notion d'excès de pouvoir : « Au contraire, dit-il, le principe de l'excès de pouvoir est une police de

la magistrature et de l'administration. L'excès de pouvoir est une sorte de délit professionnel, commis au mépris, non pas de la loi, mais de maximes professionnelles, dont les postulats peuvent porter beaucoup plus loin que les prescriptions de la loi... La notion d'excès de pouvoir est ainsi beaucoup plus étendue que celle de légalité; elle correspond à la morale, qui est plus étendue que le droit. C'est ainsi notamment que la notion de l'excès de pouvoir peut s'appliquer même aux décisions qui ne contiennent que des appréciations de fait et ne soulèvent aucune question de droit. Il y a excès de pouvoir, de la part de l'administrateur, à apprécier des faits sous l'empire de la passion politique, ce qui est un cas de détournement de pouvoir; il y a aussi excès de pouvoir de sa part à apprécier faussement des faits par suite d'une erreur de fait, car l'usage du pouvoir administratif comporte un minimum de conscience et de diligence professionnelles. C'est aussi un excès de pouvoir que de ne pas étudier les questions; la compétence doit accompagner le pouvoir; si la compétence est en défaut, il y a excès de pouvoir. Au reste, la négligence de fait du service administratif constitue un quasi-délit entraînant la responsabilité pécuniaire de l'Administration; il serait surprenant que l'erreur de fait saisissable dans une décision ne constituât pas un excès de pouvoir susceptible de faire annuler l'acte. »

« L'erreur de fait deviendrait ainsi une cinquième ouverture au recours pour excès de pouvoir, à côté de l'erreur de droit pour violation de la loi, qui est la quatrième, et ce serait une nouvelle poussée du principe autonome de l'excès de pouvoir de l'Administration qui n'est pas du

tout le principe de la légalité. Voilà la vérité en dehors de laquelle tout n'est que confusion, car nous appelons confusion les tentatives qui sont faites de côté et d'autre pour ramener l'erreur de fait à la violation de la loi, ce qui équivaut à ramener l'erreur de fait à l'erreur de droit, en vertu sans doute du principe hégélien de l'identité des contraires. »

M. Hauriou examine ensuite l'arrêt Gomel, et il relève les appréciations de fait auxquelles se livre le Conseil d'Etat : appréciation du fait de la perspective monumentale, appréciation du point de savoir si la construction nouvelle lui porte ou non atteinte.

« Le Conseil d'Etat, » déclare alors M. Hauriou, « a tenu à montrer qu'il considérait le recours sur lequel il a statué comme un recours pour excès de pouvoir ; il a visé la loi des 7-14 octobre 1790 ; il a décidé que le Préfet de la Seine avait fait une fausse application de l'art. 118 de la loi du 13 juillet 1911. Mais le tout est de s'entendre. C'est par suite d'une erreur de fait que la loi de 1911 a été faussement appliquée ; ce n'est pas par suite d'une erreur de droit. Par conséquent, nous ne sommes qu'en apparence dans la matière de la violation de la loi et dans le contrôle de la légalité : nous sommes, en réalité, dans l'erreur de fait. Mais il faut avoir le courage d'avouer que c'est une cinquième ouverture qui apparaît, et non pas une extension de la quatrième ouverture qui se produit. La violation ou la fausse application de la loi, c'est l'erreur de droit ; l'erreur de fait, c'est autre chose. Il ne faut pas confondre toutes les notions. Et s'il faut renoncer à définir le recours pour excès de pouvoir par le contrôle

de la légalité, nous ne voyons pas que ce soit un tel malheur. »

M. Hauriou examine, enfin, au sujet de l'arrêt abbé Didier (cf. supra page 71), combien en matière de police des cultes, et spécialement en matière de processions, le Conseil d'Etat, dans sa recherche des traditions locales, entre dans l'examen des faits. Il déclare que si l'erreur de fait pouvait être rattachée à une ouverture quelconque, ce serait à celle de détournement de pouvoir. Et il conclut en disant que « le moment est mal choisi pour proclamer que le recours pour excès de pouvoir est uniquement un contentieux de la légalité ».

CHAPITRE II.

Examen critique de l'Interprétation Doctrinale

§ 1.

Il faut tout d'abord remarquer que l'opinion de M. Hauriou, exprimée au sujet de l'arrêt Gomel, et le vœu de M. Jèze, formulé à l'occasion de l'arrêt Dessay, peuvent s'appliquer à la plupart des décisions du Conseil d'Etat postérieures à 1906 qui ont été ci-dessus reproduites. Dès lors que l'on veut faire de l'erreur de fait une cause d'annulation, il est possible de relever ce grief dans des espèces nombreuses ; rien ne s'oppose à une extension en elle-même facile. Les Maires qui dans les affaires des abbés Garcin, Valette, Olivier (cf. Sup., p. 52), ont interdit des cérémonies cultuelles en se fondant sur une nécessité publique qui n'existe pas, peuvent être réputés avoir commis une erreur de fait. Le Chef de l'Etat qui signe un décret de dénombrement de population (cf. sup., aff. Massonie, page 58), en ne comprenant pas dans le chiffre global les habitants d'un faubourg, omis par suite d'une fausse appréciation de l'état de fait, commet une erreur de fait, au même titre que le Ministre qui décide à tort que les infirmités ne résultent pas du service. Le Préfet qui refuse l'approbation d'une location de presbytère, parce qu'elle constitue une subven-

tion déguisée au culte, alors qu'en fait il n'y a pas subvention déguisée, doit être tenu comme commettant une erreur de fait, de même que le Préfet qui refuse une autorisation de bâtir en arguant d'une perspective monumentale qui n'existe pas. Enfin, le Ministre qui suspend un Maire à raison de faits matériellement inexacts (cf. sup., affaire Camino, page 67), le Chef de l'Etat qui signe un décret déclaratif d'utilité publique alors que cette utilité publique n'existe pas en fait, doivent être déclarés, si l'on tire de l'opinion doctrinale ses conséquences logiques, coupables d'erreurs de fait.

La conception de M. Hauriou qui est émise sans attacher à la notion d'erreur de fait un critérium caractéristique est donc susceptible d'une extraordinaire extension. Dans le sens extrêmement large où l'entend le savant auteur, l'erreur de fait est susceptible de vicier d'innombrables décisions administratives. Or, nous avons déjà montré la gravité de cette théorie : le langage même de M. Hauriou en fait foi. Avec l'admission de l'erreur de fait comme cinquième ouverture, c'est toute la conception actuelle de la nature juridique du recours qui s'écroule. A la notion nette et précise de légalité positive succède la notion vague et abstraite d'excès de pouvoir. Entre la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat, les ponts sont désormais coupés. Le Droit Administratif s'oppose au Droit Civil.

L'interprétation doctrinale est-elle conforme à la réalité?

§ 2.

C'est un vif regret pour nous d'être contraints de nous écarter radicalement de l'opinion de M. Hauriou. L'émi- 7

nent juriste, qui fait aujourd'hui autorité dans le domaine du droit administratif, et dont les notes remarquables et nombreuses du Sirey ont une valeur doctrinale incalculable, et qui fut même, parfois, prophétique, nous paraît, pour une fois, ne pas avoir traduit l'intention réelle du Conseil d'Etat. Selon nous, le Conseil se refuse toujours à faire de l'erreur de fait une cause d'annulation.

On nous objecte les considérants mêmes des arrêts, qui dépassent les limites de simples constatations de fait, et dégagent souvent de façon apparente l'erreur de fait de l'administrateur.

Mais, répondrons-nous d'abord, autre chose est relever l'erreur de fait, autre chose en faire une ouverture au recours pour excès de pouvoir. Si, d'accord avec la doctrine, nous admettons que le Conseil d'Etat a relevé parfois l'erreur de fait, nous dénions qu'il en ait fait une ouverture. Et, prenant l'ouverture dans son sens le plus général, nous déclarons qu'en toute circonstance, le Conseil d'Etat ne fait jamais que réprimer une violation de la loi.

Selon nous, la raison qui a rendu possible la conception de l'erreur de fait cinquième ouverture, c'est cette extension considérable de la notion de violation de la loi qui fait que, souvent, la véritable et seule cause d'annulation n'apparaît pas de façon évidente.

Le Conseil d'Etat en effet, aujourd'hui, n'exige plus que la loi soit violée dans sa lettre ; il suffit qu'elle soit violée dans son sens général, dans son esprit, dans son but. Dès lors, quand des arrêts rédigés de façon plus ou moins impeccable n'indiquent pas de façon précise le vice qu'ils sanctionnent (et nous verrons que ce sera le cas des arrêts

Dessay, Péliissard), quand la violation de la loi n'est pas flagrante, l'erreur de fait qui la précède peut paraître un grief et être considérée comme la cause de l'annulation contentieuse, alors que la seule raison profonde de la décision du juge est l'existence d'un texte méconnu.

Avec l'arrêt Gomel, la démonstration de notre idée sera assez facile : dans cette espèce, en effet, l'arrêt fort juridique, annule l'arrêté du Préfet pour fausse application de la loi du 13 juillet 1911.

Certes, la violation de la loi est entendue *lato sensu*, mais elle n'en est pas moins manifeste. Que dit en effet la loi? Elle permet au Préfet, à qui sont soumis les plans et coupes d'une construction, d'édicter les prescriptions qui lui paraîtront nécessaires dans l'intérêt de la conservation des perspectives monumentales : de ce droit découle logiquement celui de refuser le permis de bâtir quand la construction projetée porte atteinte à une perspective monumentale. Ce que la loi veut, mais ce qu'elle veut uniquement, c'est protéger les perspectives monumentales. La notion de perspective monumentale acquiert, de par l'esprit plus que de par la lettre de la loi, un véritable caractère légal. C'est elle le critérium qui doit servir de base à la décision de l'administrateur, mais qui doit aussi être soumise au contrôle du juge. Le Préfet qui refuse le permis de bâtir, parce que la place Beauvau constitue, d'après lui, une perspective, commet peut-être une erreur de fait, mais cette erreur échapperait à toute sanction s'il n'existait pas une loi qui eût communiqué au fait sujet à appréciation une véritable force légale.

Ces règles théoriques ne sont, d'ailleurs, pas nouvelles;

elles n'ont pas été bâties de toutes pièces pour justifier des décisions particulières. Depuis l'origine, le Conseil d'Etat n'en observe pas d'autres, et sa conduite demeure dans le fond identique à elle-même. La seule innovation consiste en ceci : en 1906, le Conseil d'Etat exigeait, comme la Cour de Cassation, pour que le fait acquit un caractère légal, qu'il soit formellement prévu et défini par la loi. En 1914, le Conseil n'exige plus que le fait soit défini par la loi, il lui suffit que le fait soit prévu par elle, en principe de façon expresse, mais même parfois de façon implicite, s'il tient sa couleur légale de l'esprit essentiel de la loi. Et il n'est même pas possible de dire que l'idée d'erreur de fait devient plus familière à la méthode du Conseil d'Etat : le progrès réalisé n'a pas été accompli par la notion d'erreur de fait, mais bien uniquement par la notion de violation de la loi.

Du reste, il faut bien remarquer que dans cet arrêt Gomel, qui constitue la base de l'opinion de M. Hauriou, le Conseil ne relève à aucun titre une erreur de fait à la charge du Préfet; il ne parle nullement d'inexacte appréciation par lui du caractère de la place Beauvau; il déclare seulement que le Préfet a commis une fausse application de la loi de 1911.

De plus, si nous nous en tenons pour l'instant à cet arrêt Gomel, dans lequel est en jeu la loi de 1911, qui contient expressément les mots « perspective monumentale », nous sommes en mesure d'opposer M. Hauriou à M. Hauriou lui-même. A quelques pages d'intervalle du Sirey de 1917, mais au sujet de l'arrêt Borel et Bonhomme, cité plus haut page 70), M. Hauriou déclare : « On peut seulement se

demander si, au point de vue juridique, le Conseil d'Etat, à propos d'un recours pour excès de pouvoir, pourrait se préoccuper du caractère suffisant des égouts de la ville. C'est se demander, en somme, si la validité d'une décision administrative peut être subordonnée à l'existence d'une circonstance de fait. Mais la solution affirmative est, en principe, évidente, parce que le fait peut être considéré comme prévu par le droit et comme transformé en une condition de droit. »

Nous sommes alors entièrement d'accord avec M. Hauriou. Mais nous avouons ne pas voir la différence entre les deux espèces. La notion de perspective monumentale comme la notion de quantité d'eau suffisante est une condition de fait qui, prévue par la loi, devient une condition de droit du pouvoir de l'administration. Dans les deux cas, ce que le juge réprime, c'est la violation de la loi.

— La jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de locations de presbytères serait plus susceptible de légitimer la thèse de M. Hauriou. En effet, si le juge indique formellement à la fin de ses considérants qu'il annule l'arrêté de Préfet pour violation de la loi, ce qui confirme l'opinion que nous soutenons ici, il faut remarquer que les textes violés, à savoir, les articles 63 et 65 de la loi du 5 avril 1884 dans l'arrêt commune de Chambon, l'art. 1^{er}, §3 de la loi du 2 janvier 1907 dans l'arrêt Pélissard, ne contiennent ni l'un ni l'autre la notion de fait qui est en la matière le critérium évident de l'administrateur et du juge, la notion de « subvention déguisée au culte ».

Mais il apparaît avec évidence que ces textes de lois sont dominés par un autre texte, qui les précise et les ex-

plique, à savoir : l'art. 2 de la loi du 9 décembre 1905 qui interdit les subventions au culte catholique ; sans la loi de 1905, l'art. 1^{er}, § 3 de la loi du 2 janvier 1907 n'a pas de sens ; la relation entre les deux textes est étroite et nécessaire ; si le Préfet a été muni du pouvoir d'approuver les locations de presbytères, c'est uniquement afin que les subventions au culte soient impossibles. Le Conseil d'Etat agit donc de façon fort logique quand, se rendant compte que la notion de subvention au culte domine la matière, il se reconnaît le droit d'apprécier cette notion. C'est à juste titre qu'il annule les arrêtés préfectoraux, car en l'espèce le Préfet, en déclarant apercevoir une subvention au culte inexistante, méconnaît la portée profonde du législateur et viole manifestement la loi.

La seule innovation, c'est donc la tendance du Conseil d'Etat de chercher à assurer le respect le plus complet possible de la loi. On peut s'en rendre compte encore dans la matière des suspensions et révocations de Maires et d'adjoints.

— La loi du 8 juillet 1908 dispose : « Les arrêtés de suspension et les décrets de révocation doivent être motivés. » Certes, une Cour de Cassation y verrait une pure obligation de forme et se contenterait d'un motif quel qu'il soit, vrai ou faux, valable ou non. Mais un Conseil d'Etat ne peut agir ainsi ; il songe que la loi n'a pas voulu seulement instituer une formalité, mais a exigé que les mesures disciplinaires soient vraiment justifiées. Le Tribunal administratif se rend compte que, pour vérifier si la loi a été ou non respectée, il lui faut contrôler si les motifs existent en fait, et son contrôle fera apparaître une pure erreur dans

les motifs, c'est-à-dire une erreur de droit, puisque les motifs sont prévus par la loi. Nous ne pouvons admettre que le Conseil ne fasse même que relever une erreur de fait, qui ne peut que rester inopérante.

L'intention même du juge est indiquée de façon très nette par le Commissaire du Gouvernement Corneille dans ses conclusions de l'affaire Camino (cf. sup. page 67), qui révèlent clairement l'état d'esprit équitable du Conseil d'Etat : « Si le motif, dit-il, est en fait inexistant, si ce n'est pas un motif, et si ce n'est qu'un prétexte, la loi, le § 3 de l'art. 86 de la loi de 1884, est violée, puisqu'elle veut que la mesure soit étayée sur un motif, et que, si le motif reste inexistant après examen des faits, il s'efface et disparaît. »

Le langage du distingué Commissaire du Gouvernement traduit de façon manifeste l'intention du Conseil d'Etat, qui n'examine les faits que sous l'angle du droit, dont la pensée est juridique et a pour base la loi. Dans cette affaire, où la sentence annule pour « excès de pouvoir » sans plus de précision, il est assez facile, à l'aide d'un raisonnement logique appuyé sur le texte de 1908, de découvrir l'ouverture, qui est la violation de la loi. M. Corneille lui-même confirme du reste formellement cette opinion quand il déclare : « Si vous n'êtes pas juges du fait, vous êtes juges de la légalité. »

— Si nous examinons maintenant l'arrêt Dessay, nous voyons que le Conseil d'Etat examine en fait l'origine et la nature des infirmités. En apparence, l'ouverture au recours serait l'erreur de fait du Ministre qui a décidé à

tort que les infirmités ne provenaient pas du service. Mais un plus ample examen révèle qu'il n'en est rien.

En effet, le décret du 10 août 1886, que vise l'arrêt, et que l'on peut découvrir au *Journal Militaire*, précise de façon détaillée les conditions et les formalités de la réforme n° 1. La simple lecture de ce décret suffit pour se rendre compte que la condition fondamentale de la réforme n° 1 est que les blessures ou les infirmités aient été contractées dans le service. L'instruction ministérielle postérieure au décret démontre à merveille la pensée profonde du législateur, qui a voulu que la réforme n° 1, pouvant donner lieu à une retraite, ne soit prononcée qu'en parfaite connaissance de cause, et ne soit la conséquence que d'infirmités produites par le fait seul du service militaire.

Dès lors, il est clair que, de par la lettre comme de par l'esprit du décret, la notion d'infirmité provenant du service acquiert un véritable caractère légal. Le Conseil d'Etat apprécie cette notion, mais il y est contraint, sous peine de voir son contrôle devenir illusoire. Et il ne se livre à un examen de fait que pour découvrir la violation de la loi.

Certes, une évolution s'est produite depuis cet arrêt Parly, dans lequel la Haute Assemblée avait refusé d'apprécier si les fautes commises par un officier avaient ou non le caractère de fautes contre l'honneur. Mais nos efforts tendent justement à montrer qu'une évolution s'est, en effet, produite, mais dans le cadre de la légalité.

Du reste, il faut bien remarquer que le décret de 1886 prévoit de nombreux certificats et procès-verbaux qui serviront à démontrer l'origine et la nature des infirmités.

C'est au vu de ces documents que le Conseil d'Etat statuera.

Terminons avec cet arrêt Dessay en observant qu'il eût peut-être été préférable que le Conseil d'Etat précise davantage dans le texte de son arrêt (comme il l'a fait dans l'affaire Gomel) que la cause juridique de l'annulation contentieuse est la violation du décret du 10 août 1886.

— L'arrêt Massonie nous fournit une précision de ce genre: le Conseil d'Etat déclare que s'il avait annulé le règlement, ç'aurait été pour violation de la loi du 19 juillet 1889. Aucun doute n'est donc permis. On ne peut retenir de cet arrêt qu'une chose, c'est que le Conseil d'Etat y a admis la possibilité de relever une erreur de fait.

— Dans tous nos arrêts, nous voyons donc que la notion de fait étant, de façon plus ou moins nette, prévue par un texte, acquiert un caractère légal qui permet au Conseil d'Etat de l'apprécier. Il en est encore ainsi dans les dernières espèces citées : la notion de quantité d'eau suffisante dans l'affaire Borel et Bonhomme, la notion de nécessité dans l'affaire Charles, sont en réalité de véritables conditions de droit.

— Ainsi donc, partout et toujours, l'erreur de fait, que le Conseil d'Etat ne relève même ordinairement pas, n'est pas la cause de l'annulation contentieuse. Chaque fois que le juge anéantit la décision de l'administrateur, c'est que cette décision contient, indépendamment d'une erreur de fait possible, une erreur de droit plus ou moins flagrante. Si le fait semble, à première vue, doué d'une certaine valeur juridique et dominer la décision du juge, c'est que le fait a acquis, à la suite d'un rapport plus ou moins intime

avec un texte de droit, une force nouvelle qu'à l'origine, il n'avait pas. Dans l'état actuel de la jurisprudence administrative, le fait en soit est sans valeur juridique; l'erreur de fait à elle seule est impuissante à engendrer une annulation; elle ne peut constituer un grief que si elle devient une erreur de droit, et elle ne le deviendra que si, le fait ayant été prévu par la loi, l'inexacte appréciation de ce fait constitue une violation de la loi.

La vérité de cette affirmation apparaîtra d'ailleurs encore mieux si l'on considère certaines espèces où, dans l'absence de toute erreur de droit, l'erreur de fait est l'unique grief.

§ 3.

Si nous consultons la jurisprudence la plus récente, nous pouvons voir qu'à maintes reprises et par des arrêts péremptoires qui reproduisent une formule devenue en quelque sorte de style, le Conseil d'Etat, saisi des requêtes arguant uniquement d'une erreur de fait, a rendu laconiquement des décisions de rejet. On peut citer en ce sens un arrêt Bernardi du 10 août 1917 (1); le requérant soutenait qu'étant sans ressources, il était fondé à demander l'annulation de la décision de la Commission centrale d'Assistance, qui l'avait rayé de la liste des assistés de la commune de Luri. Le Conseil d'Etat rejeta sa requête : « Considérant que la Commission Centrale s'est bornée à déclarer que le sieur Bernardi se trouvait « dans une situation de fait ne permettant pas de le considérer comme privé de

(1) Lebon, p. 633.

ressources; que, par suite, sa décision, uniquement fondée sur l'appréciation des ressources du requérant, ne soulève aucune question de légalité et ne saurait, dès lors, faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. » Le Conseil a statué de même dans un arrêt du 18 février 1919 (Antona).

Citons enfin un arrêt du 24 novembre 1916 (Commune de Poissy) (1); le Maire de Poissy demandait au Conseil d'annuler un avis du Conseil départemental d'Hygiène de Seine-et-Oise, avis défavorable à l'agrandissement du cimetière actuel de Poissy. Le Conseil d'Etat rejeta la requête : « Considérant qu'il n'est relevé contre la délibération attaquée d'autre moyen que l'inexacte appréciation des faits de l'espèce, que ce moyen n'est pas de nature à être soumis à la juridiction contentieuse; que, par suite, le Maire de Poissy n'est pas recevable à demander l'annulation de ladite délibération. »

Ainsi, tous ces arrêts, qui sont sensiblement de la même époque que celle où M. Hauriou a développé son interprétation théorique, se refusent à admettre les recours pour excès de pouvoir fondés seulement sur des erreurs de fait.

Les arrêts sont si formels, la formule de rejet si nette que le doute n'est pas possible. Rien dans les décisions ne trahit une hésitation quelconque du Conseil; rien ne permet non plus de prévoir cette évolution que la doctrine souhaite si ardemment.

Bien au contraire, comme nous le verrons plus loin, la conduite du Conseil d'Etat paraît suivre une ligne de plus en plus juridique. Nous ne trouvons plus, à partir de

(2) Lebon, p. 483.

1917, d'arrêts d'avant-garde comme les arrêts Massonie et Monod. Nous ne trouvons pas non plus de décisions positives qui constatent formellement des inexactes appréciations de faits. La notion d'erreur de fait paraît de plus en plus absente des arrêts de justice. Et il devient peut-être alors même possible de se demander, dans une opinion radicalement contraire à celle de MM. Hauriou et Jèze, si le Conseil d'Etat n'est pas destiné, rompant avec l'erreur de fait, à ne plus même relever un vice qu'il n'a jamais réprimé (1).

§ 4.

En tous cas, cette introduction de l'erreur de fait comme cinquième ouverture, qui, selon nous, n'est pas réalisée et qui ne semble pas devoir l'être pour le moment, serait-elle une chose désirable en soi, ainsi que le soutiennent les juristes dont les opinions ont été indiquées plus haut?

Nous avons déjà laissé voir que, sur ce point encore, nous ne pouvions nous rallier aux idées doctrinales. La notion d'erreur de fait nous paraît en opposition flagrante avec la notion essentielle du recours pour excès de pouvoir, et, comme telle, elle présente des inconvénients sérieux au point de vue de l'avenir même du contentieux de l'annulation.

La brève analyse qui a été faite dans l'introduction de cette étude au sujet des caractères essentiels du recours pour excès de pouvoir, a montré que ce recours était une

(1) Voir sur ce point les arrêts Desreumeaux du 25 octobre 1918 et Garric du 22 novembre. Il est vrai qu'il y avait violation de simples circulaires; cette jurisprudence demande à être confirmée.

action foncièrement juridique, basée sur la notion de légalité. Le Conseil d'Etat, quand il est saisi d'un recours pour excès de pouvoir, statue dans l'exercice d'une fonction très haute. La Haute-Assemblée doit, pour un temps, se placer au-dessus des intérêts particuliers et des prétentions individuelles; devant elle s'effacent les personnalités éphémères. Sa décision dépasse l'enceinte d'un prétoire; elle a une portée générale et a effet *erga omnes*. Comme le disait éloquemment le Commissaire du Gouvernement Romieu, la sentence objective a pour conséquence « de censurer l'illégalité, d'éclairer l'opinion publique et de prévenir le retour des pratiques condamnées. » Quelle est donc la raison de cette valeur particulière de la décision rendue sur excès de pouvoir? C'est que cette décision a pour caractère fondamental de « dire le droit ». Quand il annule pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat, comme la Cour de Cassation, dit le droit. Sa seule base, c'est le texte, son seul guide, la loi.

La conception théorique du contentieux de l'excès de pouvoir émane donc d'un principe singulièrement élevé. Le juge de la légalité doit toujours plus ou moins dominer les contingences dans son interprétation de la loi. Et la classification de Laferrière est là pour préciser son rôle.

Chacune des quatre ouvertures actuelles au recours pour excès de pouvoir repose, en effet, sur une base profondément juridique et a sa source dans le droit positif. Au contraire, la notion d'erreur de fait n'a aucune couleur juridique. Le plus souvent d'ailleurs, comme l'a fait remarquer M. Jèze, ce ne sera pas une véritable erreur de l'administration que le Conseil d'Etat réprimera, mais bien plutôt

un mensonge. Le Conseil d'Etat n'aura plus aucun point de droit à résoudre; il aura uniquement à envisager une question de moralité. Sa mission ne sera plus d'interpréter un texte; elle consistera à sonder la conscience même d'un homme. La sentence rendue ne touchant plus au droit ne sera plus susceptible d'avoir une portée générale; elle demeurera toute spéciale et individuelle. On voit nettement que l'ouverture d'erreur de fait viendrait apporter une note discordante dans la gamme des quatre ouvertures qui sont toutes des violations de la loi, en introduisant dans un contentieux qui doit rester légal un élément extralégal. La répercussion sur le caractère même de la décision à intervenir sera fatale et grave. On peut, en effet, difficilement admettre qu'en matière d'excès de pouvoir le Conseil d'Etat rende tantôt des sentences de portée générale, tantôt des sentences de portée relative. Il faudrait unifier la solution dans le sens restrictif. Le contentieux de l'annulation participerait, comme le contentieux de pleine juridiction, du principe de l'autorité relative de la chose jugée.

On voit les conséquences de l'opinion qui veut que le contentieux de la légalité devienne le contentieux de la moralité. Enlevant au juge le droit de statuer par des arrêts de portée générale, elle ne tend rien moins qu'à dépouiller le Conseil d'Etat de sa prérogative la plus haute.

Cette considération suffit à rendre illusoire le prétendu avantage d'une extension nouvelle du recours pour excès de pouvoir. Ne voit-on pas que les solutions jurisprudentielles qui sont intervenues depuis 1910 dans le but de prolonger le développement du recours pour excès de pouvoir,

ont eu pour résultat d'en fausser la nature? Des arrêts de principe, comme l'arrêt Lafage, n'ont pas impunément fait pénétrer le recours pour excès de pouvoir dans un domaine qui n'était pas le sien: A force d'empiéter sur le terrain du recours de plein contentieux, le recours pour excès de pouvoir, ainsi que l'a remarqué M. Hauriou lui-même, a déjà beaucoup perdu de sa pureté originelle; les extensions récentes ont rendu beaucoup moins solide et harmonieuse une construction juridique qui doit demeurer l'un des piliers de base du contentieux administratif. Prenons garde qu'à force de vouloir sans cesse étendre le cadre des ouvertures, qui constitue l'armature même du recours, on ne finisse par le forcer. La notion d'erreur de fait, si elle devenait un grief, aurait des résultats irréparables: le recours pour excès de pouvoir ne survivrait pas à la perte, même partielle, par la décision d'annulation, de sa valeur *erga omnes*. Et ce serait un événement déplorable que la fusion des contentieux: il serait profondément regrettable de voir disparaître du droit administratif une action qui a un principe aussi élevé et qui a eu des effets aussi heureux que le recours pour excès de pouvoir.

CHAPITRE III.

Essai d'Interprétation de la Jurisprudence Administrative.

§ 1.

De l'étude qui vient d'être faite de la conception doctrinale de l'erreur de fait, résulte une conséquence capitale au point de vue plus général qui nous occupe, celui de l'examen du fait par le Conseil d'Etat en matière de recours pour excès de pouvoir, dont il nous fait maintenant rechercher les règles et la nature, dans un essai d'interprétation personnelle de la jurisprudence : c'est que cet examen, dérogame aux principes et par suite inquiétant en lui-même, n'est pas opéré par le Conseil d'Etat en toute hypothèse. Le Conseil n'a pas délibérément rompu avec la théorie juridique. Pour que l'examen du fait ait lieu, il faut qu'existe un texte qui le justifie ; il faut qu'une loi, de façon plus ou moins expresse ou de façon même implicite, mette en jeu une question de fait, de telle sorte que partout et toujours le fait soit couvert par la loi. C'est une restriction capitale au pouvoir extraordinaire du Conseil d'Etat.

Néanmoins, nous avons vu qu'il y a des espèces où la loi ne prévoit le fait que de façon assez lointaine, où ce

n'est que de façon bien extensive qu'on peut parler de caractère légal du fait. Dans ces cas, en vérité, la justification apparaît un peu insuffisante : la loi ne constitue plus un véritable palladium. On peut se demander alors si le Conseil d'Etat n'a pas, dans la réalité des choses, rompu avec les principes qui, régissant son rôle, lui donnent pour mission essentielle de confronter la décision administrative avec la règle de droit. L'examen du fait, que la loi ne rend pas vraiment nécessaire, n'a-t-il pas acquis, dans ce domaine, qui lui est en principe étranger, une importance qu'il ne devrait pas avoir ?

Il nous faut donc, resserrant de plus près l'analyse juridique, essayer de découvrir la nature exacte de cet examen du fait, comment le Conseil d'Etat l'envisage et à quel titre il l'opère. Partant du texte des décisions de justice, il nous faut pénétrer l'intention du magistrat. La question qui se pose est la suivante : est-il exact que dans les cas où la loi, de façon plus ou moins nette, met en jeu des faits et rend par suite nécessaire un examen du fait, est-il exact que le Conseil d'Etat prenne en considération le fait, lui assigne une certaine valeur et devienne, dans une certaine mesure, juge du fait ?

§ 2.

Il faut bien reconnaître que les arrêts Dessay et Massonie relèvent des erreurs de fait. Or, un Tribunal qui relève textuellement une « fausse appréciation de l'état de fait » apparaît, même s'il n'annule pas l'acte pour cette cause, comme un juge du fait. Constater purement et simplement un fait et constater une erreur de fait sont deux choses 8

très différentes : la constatation du fait a pour base la considération du fait en soi, envisagé isolément, de façon toute objective, sans en tirer de conséquences juridiques. La constatation de l'erreur de fait repose sur la confrontation de la décision administrative avec le fait, opération qui aura son influence juridique. Et nous avons vu que, pour le juge de cassation, seule la confrontation de la décision administrative avec la loi était possible, que seule elle avait une valeur juridique.

Mais les décisions Dessay et Massonie ont été sans lendemain. Depuis elles, il n'est plus possible de trouver d'arrêts qui relèvent à la charge de l'administrateur des inexactes appréciations de fait, des erreurs de fait. Cette terminologie discutable semble, fort heureusement, avoir disparu de la jurisprudence. Si l'on considère les arrêts Gomel, Pélissard, Borel et Bonhomme, Martin, Charles, on peut se rendre compte que le juge pose de façon nette les trois termes du syllogisme : le texte de loi, les faits constatés, la décision administrative, et il déclare qu'étant donné telle loi, étant donné tels faits, l'administrateur qui prend telle décision viole ou non la loi. On ne peut qu'applaudir à la technique nouvelle : elle constitue un incalculable progrès juridique. Le juge se rend désormais entièrement compte que l'erreur de fait doit lui rester entièrement indifférente, qu'il est inutile et même incorrect de la relever dans sa sentence, que seule doit le préoccuper la recherche de la violation de la loi, qui résulte de la confrontation de la décision administrative avec la règle de droit, en présence de certains faits qui sont établis.

Mais que reste-t-il alors d'exceptionnel et d'anormal

dans la conduite du Conseil d'Etat, s'il ne relève même plus les inexactitudes de fait? Il reste les constatations de fait, qui sont indiscutables, et qui sont souvent opérées dans des espèces où la loi ne les légitime pas entièrement. Alors le théoricien peut venir dire que le Conseil d'Etat fait bon marché d'une règle qui exige que le raisonnement du juge soit entièrement juridique et ait pour base le seul rapprochement des textes, en présence de faits souverainement constatés par l'administrateur.

Nous avons déjà vu que les nécessités pratiques s'opposaient à ce que les principes théoriques soient en cette matière suivis rigoureusement. Nous avons montré que la constatation souveraine des faits par des administrateurs quelquefois incompétents, souvent soucieux des conséquences politiques de leurs actes et souvent dociles aux influences, pourrait présenter des dangers pour les intérêts légitimes des particuliers. Nous avons également noté la tendance générale de plus en plus hostile aux actes de haute administration. Et ces considérations de fait étaient en elles-mêmes suffisantes pour justifier un contrôle matériel qui n'avait pour but que l'intérêt du plus grand nombre.

Mais le Conseil d'Etat, toujours soucieux des nuances, a compris que cette dérogation aux principes, rendue en fait nécessaire, pouvait au moins ne pas être flagrante. Il s'est rendu compte que même dans l'abandon (partiel et nécessaire) des règles théoriques, il y a la manière. Il a par suite fait un remarquable effort pour concilier, dans la mesure du possible, les nécessités de fait avec les principes de droit. En conséquence, dans le but de rendre son

examen du fait le moins apparent possible, il a employé la rédaction des arrêts comme moyen de le couvrir.

On peut, en effet, remarquer que les mêmes décisions qui abandonnent les expressions inexactes d' « erreur de fait » et de « fausse appréciation des faits » témoignent d'un dessein marqué de masquer les constatations de fait opérées par le juge. Le Conseil d'Etat manie de plus en plus certaines formules lapidaires qui dérobent aux yeux de l'observateur superficiel l'examen du fait incontestable. De ces formules, les unes sont fort anciennes: « Il résulte de l'instruction »; « Dans les circonstances de la cause ». Mais elles tendent à être supplantées par une autre formule plus récente, et celle-là nouvelle pour la juridiction administrative: « *Il est constant que...* ».

Cette expression, nous la trouvons notamment dans le corps de l'arrêt Pélissard; nous la trouvons également dans l'arrêt Martin, et elle figure à maintes reprises dans les conclusions du Commissaire du Gouvernement Corneille, qui paraît avoir été le promoteur de la formule, notamment au sujet de l'affaire Charles: « S'il était *constant* que la translation s'imposât par des considérations d'hygiène... ».

Il n'est pas peu intéressant de remarquer que le Conseil d'Etat, qui nous a paru souvent rompre avec le rôle du juge de la violation de la loi, adopte couramment la formule même que doit employer ce juge, celle de la Cour de Cassation.

On peut apprécier toute l'habileté du procédé juridique. Grâce à lui, l'examen du fait ne peut plus être détaillé et ressortir de la sentence. Le Conseil d'Etat emploie pour

masquer les constatations matérielles, une formule qui les couvre.

D'aucuns pourront voir là un subterfuge critiquable. Quand, diront-ils, le Conseil déclare qu'il est constant que la place Beauvau ne constitue pas une perspective monumentale, il paraît tenir pour établie la constatation du Préfet, alors qu'il n'en est rien; en réalité, la constatation émane non du Préfet, mais du Conseil d'Etat.

D'abord, répondrons-nous, la face des choses est sauvée. Le syllogisme juridique retrouve ses trois termes : la loi, les faits tenus pour constants, la décision administrative. 1° La loi : la loi de 1911, qui donne au Préfet le droit de refuser la permission de bâtir dans l'intérêt de la perspective monumentale; 2° le fait tenu pour constant : « La place Beauvau ne constitue pas une perspective monumentale »; 3° la décision administrative : l'arrêté par lequel le Préfet de la Seine a refusé la permission de bâtir en application de la loi de 1911. Un simple rapprochement suffit au juge pour dégager de ces éléments la violation de la loi de 1911. La sentence est toute juridique.

Et que les faits soient constatés de façon indiscutable par un administrateur souverain ou par le Conseil d'Etat lui-même, qu'importe ! Les principes sont respectés, puisque le Conseil d'Etat, juge de la violation de la loi, ne fait que rapprocher la décision administrative du texte de loi, les faits étant tenus pour constants.

Du reste, la formule nouvelle aura aussi l'avantage de limiter l'examen du fait par le Conseil d'Etat. Respectueux du caractère exceptionnel de son pouvoir, le Conseil ne l'exercera que quand il sera possible d'opérer une consta-

tation de fait incontestable. Il faudra que les faits soient évidents, criants même, pour que l'examen matériel du Conseil se substitue à l'examen de l'Administrateur. Le Conseil ne pourra pas toujours déclarer que les faits sont constants. Et quand ils ne seront pas constants, l'appréciation de l'administrateur demeurera souveraine.

Ainsi, pouvons-nous poser les deux principes essentiels qui régissent l'examen du fait par le Conseil d'Etat en matière de recours pour excès de pouvoir :

1° *L'examen du fait n'aura lieu que quand le fait est visé par la loi;*

2° *L'examen du fait n'aura une certaine influence sur l'arrêt à intervenir que quand les faits seront constants.*

§ 3.

Ces principes étant posés, il ne nous reste plus qu'à caractériser la nature exacte de l'examen du fait auquel le Conseil d'Etat se livre. A cet égard, l'expression précitée : « Il est constant que... », jette une vive lumière sur le problème que nous posons.

Cette formule brève a, en effet, pour conséquence de condenser en quelque sorte la constatation de fait et de la rejeter au début de la sentence. L'intention du juge nous apparaît, alors, claire : l'examen du fait est pour ainsi dire placé en dehors du raisonnement juridique : il lui est antérieur; il n'intervient qu'à titre préliminaire et sa nature est essentiellement préalable.

Le Conseil d'Etat nous paraît ainsi affirmer de façon nette que les constatations de fait ne relèvent pas de sa mission proprement dite de juge. Chaque fois que le Con-

seil se penchera vers les faits, examinera les circonstances, opérera des investigations matérielles, il agira de façon toute préparatoire et n'effectuera pas vraiment œuvre de juge. Il semble qu'il y ait bien plutôt là exercice préalable d'un haut pouvoir hiérarchique.

Cette idée ne nous paraît pas du tout en contradiction avec la nature du recours pour excès de pouvoir. On a souvent fait observer que le recours avait gardé quelques marques de son caractère originel de recours gracieux. Certains auteurs même ont soutenu que le recours pour excès de pouvoir était un recours hiérarchique à forme juridictionnelle. Cette opinion ne nous paraît pas en principe conforme à la réalité. Mais, même en tenant le recours pour excès de pouvoir pour un recours éminemment juridictionnel, il n'est pas étonnant qu'il soit resté dans les pouvoirs du Conseil une légère survivance d'un passé aboli.

Du reste, cette conception du Conseil d'Etat jouant le rôle d'un supérieur hiérarchique dans son examen des faits a déjà été esquissée par des jurisconsultes de grand mérite.

C'est relativement à un arrêt Marc du 5 juin 1908 (1) et au sujet des règlements sanitaires pris par les maires en exécution de la loi de 1902 que le Commissaire du Gouvernement Georges Teissier a notamment relevé cette idée : « Les pouvoirs conférés aux Maires en matière d'hygiène sont limités par l'obligation de respecter les principes du Droit Public, c'est-à-dire la liberté individuelle, la liberté du commerce, de l'industrie et de la propriété. Vous aurez

(1) Cf. S. 1909, 3, 120.

donc, disait M. Teissier, à rechercher si les Maires n'ont pas fait un usage abusif des pouvoirs à eux dévolus dans l'intérêt de la santé publique, et si les dispositions des règlements sanitaires ne sont pas contraires à quelque principe de droit public ou de droit privé particulièrement respectable. Fréquemment, cette recherche sera chose difficile et nécessitera un dosage méticuleux des sacrifices qu'on peut demander aux droits individuels, et spécialement à la propriété, dans l'intérêt bien entendu de l'hygiène de la collectivité. Et dans cet ordre d'idées, déclarait le Commissaire du Gouvernement, il faut bien le reconnaître, *votre mission apparaît plus comme un contrôle administratif supérieur exercé à postériori, en la forme judiciaire, que comme un contentieux à proprement parler, dans le sens ancien et étroit de ce mot.* »

C'est la même idée qu'indiquait le Commissaire du Gouvernement Corneille dans ses conclusions de l'affaire Baldy, déjà en partie citées plus haut, au sujet des pouvoirs de police des Maires en matière culturelle : « Vous appréciez au fond, disait M. Corneille, les nécessités de l'ordre public... Vous faites pénétrer plus avant que la Cour de Cassation dans le corps de l'arrêté votre droit de censure et votre pouvoir de mise à néant. *Vous qui êtes appelé à jouer un peu le rôle de supérieur hiérarchique des autorités administratives*, vous devez rechercher jusqu'à quel point les prescriptions des arrêtés municipaux sont légales et à partir de quel moment elles deviennent abusives. »

Cette idée du Conseil d'Etat agissant plutôt comme un supérieur hiérarchique dans son examen du fait, nous paraît aussi en conformité du grand mouvement qui, né au

début du siècle, a abouti à resserrer étroitement le contrôle exercé sur les administrateurs. Il fut un temps où les Préfets exerçaient souverainement la tutelle administrative, où Maires, Préfets et Ministres accomplissaient normalement des actes véritablement discrétionnaires. Peu à peu, ce pouvoir extraordinaire des Préfets et Ministres a vu se superposer à lui un pouvoir plus puissant. Le développement prodigieux du recours pour excès de pouvoir a eu pour résultat de substituer à la tutelle administrative la tutelle contentieuse. L'introduction du grief de détournement de pouvoir, l'examen de plus en plus grand des faits, a réduit fort sensiblement le nombre des actes discrétionnaires et il est même possible de dire qu'il les a fait disparaître. Dans des domaines multiples, le contrôle judiciaire a remplacé le contrôle administratif. Comment s'étonner que ce contrôle judiciaire si vaste qu'exerce aujourd'hui le Conseil d'Etat, n'ait pas gardé, dans son essence même, quelques traces d'un haut pouvoir hiérarchique?

Enfin, cette conception nous paraît conforme aux principes du droit : dans les cas où le fait n'a pas un véritable caractère légal, l'examen du fait ne relève pas du rôle d'un juge de l'excès de pouvoir ; il fait, au contraire, partie de la mission d'un supérieur hiérarchique. Quand le Conseil d'Etat examine les faits, son véritable rôle de juge n'est pas commencé. Le stade juridictionnel ne s'ouvrira que quand, à la suite d'un examen préalable des circonstances, le juge se trouvera en présence de faits qui sont constants, c'est-à-dire indiscutablement constatés. La conduite du Conseil d'Etat, grâce à cette dualité de rôles, res-

pecte presque entièrement les principes théoriques : loin de faire intervenir de façon active la notion de fait dans un contentieux de droit ainsi que le voudraient MM. Hauriou et Jèze, elle met l'examen du fait à sa véritable place, qui se trouve antérieure et extérieure au débat contentieux : le domaine du fait demeure distinct du domaine du droit.

§ 4.

Si nous résumons donc brièvement la conduite du Conseil d'Etat, à l'égard du fait comme à l'égard du droit, en matière de recours pour excès de pouvoir, nous pouvons nous exprimer ainsi : quand le Conseil d'Etat se trouve en présence d'une décision administrative accusée de violation d'une règle légale déterminée, et quand cette règle légale, dans sa lettre ou dans son esprit, met en jeu une question de fait dont l'appréciation est nécessaire pour que la sentence de droit soit rendue en toute connaissance de cause, le Conseil d'Etat, à titre préalable et comme le ferait un supérieur hiérarchique, examine les faits à l'occasion desquels la décision est intervenue. Et quand ces faits peuvent être tenus pour constants, le Conseil d'Etat entamant sa mission juridictionnelle, confronte la décision administrative avec la règle légale, en présence de ces faits qui sont constants, et déclare qu'il y a ou qu'il n'y a pas violation de la loi.

CONCLUSION.

Ayant ainsi achevé, après l'exposé objectif, l'analyse théorique des arrêts de jurisprudence, il nous reste à conclure : notre conclusion sera brève, étant déjà incluse dans les considérations qui précèdent.

L'examen du fait par le Conseil d'Etat en matière de recours pour excès de pouvoir a subi, depuis 1905, une extension remarquable. Le Conseil d'Etat qui, en 1906, ne faisait guère, comme la Cour de Cassation, qu'apprécier le caractère légal de faits formellement définis par la loi, s'arroge désormais compétence pour vérifier l'existence des faits et apprécier leur nature toutes les fois que ces faits sont mis en jeu par une loi ou un texte réglementaire, et il se livre à cet examen, non seulement quand le fait est expressément prévu par la loi, mais encore quand il tient une certaine teinte légale de l'esprit essentiel de la loi. Le Conseil d'Etat saisit en somme toutes les occasions possibles pour examiner les faits. Cette ligne de conduite vient d'une tendance hostile aux actes discrétionnaires et d'une disposition naturelle qui le fait incliner à donner le pas à l'équité sur la lettre de la loi. Et les conséquences de cette pratique se sont affirmées fort heureuses.

Mais, si l'on met à part cet examen du fait effectué de manière plus large et plus générale, le Conseil d'Etat agit dans l'ensemble, comme la Cour de Cassation. Son examen

du fait ne pouvant intervenir sans un texte qui le justifie, demeure toujours placé sous l'égide de la loi. L'examen du fait tend, d'autre part, par suite de l'emploi aujourd'hui fréquent de la formule « il est constant » à devenir de moins en moins apparent. Il revêt de plus un caractère nettement préalable et participe beaucoup plus de la mission d'un supérieur hiérarchique que de celle d'un juge. De cette façon, dans les cas où il n'y a pas véritablement appréciation du caractère légal d'un fait, les principes juridiques n'en sont pas moins saufs : l'examen du fait est alors distinct de l'examen du droit; le juge observe son rôle essentiel qui est de confronter la décision administrative avec la règle de droit.

A l'égard du fait, le Conseil d'Etat ne va pas plus loin; il ne sanctionne jamais l'erreur de fait qui n'est pas un grief et qui appartient à un domaine autre que celui de l'excès de pouvoir. Il se refuse enfin, de façon formelle, à apprécier l'opportunité des décisions administratives.

L'évolution qui s'est accomplie depuis 1906 dans la jurisprudence administrative en matière d'examen du fait n'a donc eu pour effet que de permettre au Conseil d'Etat d'introduire, tout en respectant les principes généraux, plus d'équité dans ses arrêts de justice. Et elle n'a pas porté atteinte à la notion, indiquée au début de cette étude, qui est et doit rester la base essentielle du recours pour excès de pouvoir, la notion de *légalité*...

Vu : Le Président de la Thèse
L. ROLLAND

Vu : Le Doyen,
F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer, le Vice Recteur de l'Académie de Paris
Pour le Recteur l'Inspecteur d'Académie :
(Illisible)

BIBLIOGRAPHIE

- BERTHELÉMY -- *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 8^e édit.
- DUGUIT — *L'État, le Droit Objectif et la Loi Positive*.
- FAYE — *La Cour de Cassation*, 1903.
- GARSONNET et CÉSAR-BRU — *Traité de Procédure Civile*.
- GÉNY — *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit privé positif*.
- GEORGIN — Thèse Paris 1915, *L'Ouverture de Violation de la Loi au recours pour Excès de Pouvoir*.
- HAURIOU — *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 10^e édit.
- LAFERRIÈRE — *Traité de la Juridiction Administrative*, 2^e édit., Tome II.
- Revue Générale d'Administration*, 1911.
- Revue de Droit Public*, 1911.
- SERRIGNY — *Traité de l'Organisation de la Compétence et de la Procédure en Matière contentieuse Administrative*, 1865.
- TOURNYOL DU CLOS — *Essai sur le Recours pour Excès de pouvoir*, Thèse Paris 1905.

TABLE DES MATIÈRES

TITRE I.

Introduction Générale

§ 1. — Nature actuelle du Recours pour Excès de Pouvoir	I
§ 2. — Le Recours pour Excès de Pouvoir et le Pourvoir en Cassation : le rôle du Juge	4
§ 3. — La Cour de Cassation et l'Examen du Fait ..	8
§ 4. — Le Conseil d'Etat et l'Examen du Fait, suivant certaines opinions doctrinales	16
§ 5. — Plan général de l'étude	18

TITRE II.

De l'Examen du fait dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat

CHAPITRE I.

Comment le Conseil d'Etat a été amené à examiner les faits

§ 1. — De l'esprit général du Conseil d'Etat	21
§ 2. — Des actes discrétionnaires	24
§ 3. — De l'influence du développement des causes d'ouverture au recours pour excès de pouvoir. L'ouverture de violation de la loi.	25

CHAPITRE II.

La Jurisprudence du Conseil d'État

Section 1 : La Jurisprudence en 1906.

§ 1. — Les arrêts au sujet desquels le Conseil d'Etat examine les faits	35
§ 2. — Les arrêts au sujet desquels il ne les examine pas	44
§ 3. — Appréciation sommaire de la Jurisprudence	48

Section 2 : La Jurisprudence depuis 1912

§ 1. — L'arrêt Monod	50
§ 2. — Les arrêts rendus en matière de police muni- cipale	51
§ 3. — L'arrêt Dessay	56
§ 4. — L'arrêt Massoné	57
§ 5. — Les arrêts rendus en matière de locations de presbytères	59
§ 6. — Les arrêts rendus en matière de perspectives monumentales	63
§ 7. — Les arrêts rendus en matière de révocations de Maires et d'adjoints	65
§ 8. — Arrêts divers	69
§ 9. — Appréciation sommaire	72

TITRE III.

Interprétation Juridique de la Jurisprudence du Conseil d'État

CHAPITRE I.

L'Interprétation Doctrinale : La Conception de l'Erreur de Fait

§ 1. — L'opinion de M. Jèze	74
§ 2. — L'opinion de M. Hauriou.. .. .	78

CHAPITRE II.

Examen critique de l'Interprétation Doctrinale

§ 1. — Remarque préliminaire	82
§ 2. — Discussion théorique	83
§ 3. — Vérification	92
§ 4. — La conception doctrinale est-elle désirable ?	94

CHAPITRE III.

Essai d'Interprétation de la Jurisprudence

§ 1. — Préliminaires	98
§ 2. — Les règles de l'Examen du Fait	99
§ 3. — Notion juridique de l'Examen du Fait	104
§ 4. — Résumé général de la conduite du Conseil d'Etat	108
CONCLUSION.	109
